Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Verträgen über die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen durch mehrere Unternehmen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Jürgen Wolff

aus Bochum

Münster 1965

ie wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Verträgen über die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen durch mehrere Unternehmen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Rechte

durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der

Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

vorgelegt von

Jürgen Wolff

aus Bochum

Münster 1965

1.Berichterstatter: Prof.Dr.Dr.Lukes

2.Berichterstatter: Prof.Dr.Westermann

Dekan: Prof.Dr.Timm

Tag der mündlichen Prüfung: 19.Mai 1965

INHALTSÜBERSICHT

Erster Teil: Die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen als Erscheinungsform unternehmerischer Zusammenarbeit. 8

I. Antriebskräfte für eine verstärkte unternehmerische Zusammenarbeit. 8

1. Vielfältige Möglichkeiten zwischenbetrieblicher Kooperation. 8

2. Das Streben zur Zusammenarbeit ein Zeichen unserer Zeit? 9

3. Die Integration der Märkte und die Liberalisierung der Handelspolitik. 10

4. Die technische Entwicklung. 11

II. Die gemeinsame Ausnutzung von Produktionsanlagen. 15

1. Längerfristige Liefer- und Lohnarbeitsverträge. 15

2. Betriebsgesellschaften. 17

3. Ausgliederung aus bestehenden Unternehmen. 18

4. Gemeinsame Neuerrichtung von Produktionsanlagen (Gemeinschaftsgründungen). 19

III. Aufgliederung der verschiedenen bei der gemeinsamen Neuerrichtung von Produktionsanlagen denkbaren Möglichkeiten. 20

1. Gemeinsame Herstellung von Produkten, die bereits bisher von den Partnern getrennt hergestellt wurden. 21

a.) Das Gemeinschaftsunternehmen und die Unternehmen der Partner produzieren und vertreiben ihre Erzeugnisse unbegrenzt. 23

b.) Die Errichtung der Gemeinschaftsanlage wirkt sich auf die getrennte Produktion der Partner aus. 23

c.) Der Aktionsradius des Gemeinschaftsunternehmens selbst wird begrenzt. 24

2. Gemeinsame Herstellung neuer Produkte, die die Partner bisher nicht und ohne die Gemeinschaftsgründung. 24

a.) getrennt hergestellt hätten; 25

b.) auch nicht hergestellt hätten. 27

3. Gemeinsame Herstellung von Vorprodukten (Produktionsgemeinschaften), die 27

a.) bisher von dritter Seite bezogen wurden; 28

b.) bisher getrennt durch die Partner hergestellt wurden. 28

4. Gemeinsame Verarbeitung von Produkten (Verarbeitungsgemeinschaften), die 29

a.) bisher unverarbeitet veräußert wurden; 30

b.) bisher getrennt durch die Partner verarbeitet wurden. 30

IV. Die Einordnung der Gemeinschaftsgründungen in ein System der Unternehmenszusammenfassungen und ihre wettbewerbsrechtliche Bedeutung. 30

1. Keine einheitliche Nomenklatur. 30

2. Konzern und Kartell als unterschiedliche Organisationsgebilde. 31

3. Gemeinschaftsunternehmen als Mischtypus. 34

4. Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung der typologischen Einordnung. 35

Zweiter Teil: Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 38

1. Abschnitt: Der Tatbestand des § 1 GWB. 38

I. Die Unternehmenseigenschaft der Gesellschafter. 38

II. Der Begriff der Marktbeeinflussung. 41

1. Das Verhältnis der Marktbeeinflussung zur Wettbewerbsbeschränkung. 41

2. Die Marktbeeinflussung als Außenwirkung. 42

3. Die Intensität der Marktbeeinflussung. 44

III. Untersuchung der Wirkungen, die durch die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen hervorgerufen werden können, auf Marktbeeinflussungen hin. 46

1. Wirkungen der gemeinsamen Herstellung von bisher getrennt fabrizierten Produkten. 46

a.) Die Schaffung eines zusätzlichen Marktpartners: keine Marktbeeinflussung i.S. des § 1 GWB. 46

b.) Marktbeeinflussende Auswirkungen auf die getrennte Produktion der Partner: 47

aa.) Aufgabe der getrennten Produktion, 47

bb.) Umfangsbegrenzung der Produktion, 49

cc.) Begrenzung des Absatzes, 49

dd.) Ausrichtung der Preise und Konditionen auf die des Gemeinschaftsunternehmens. 49

c.) Die Begrenzung des Aktionsradius des Gemeinschaftsunternehmens selbst: keine Marktbeeinflussung i.S. des § 1 GWB. 50

2. Die Nichtaufnahme der getrennten Herstellung neuer, von der Gemeinschaftsanlage fabrizierter Produkte, die die Partner 51

a.) sonst getrennt produziert hätten; 51

b.) auch sonst nicht oder möglicherweise nicht getrennt produziert hätten . 52

3. Marktbeeinflussungen bei Produktionsgemeinschaften: 56

a.) Ausschließlichkeitsbeziehungen; 56

b.) Aufgabe einer getrennten Produktion . 57

4. Marktbeeinflussungen bei Verarbeitungsgemeinschaften: 59

a.) Ausschließlichkeitsbeziehungen ; 59

b.) Aufgabe einer getrennten Verarbeitung . 60

IV. Die Marktbeeinflussungsabsicht. 60

V. Wettbewerbsbeschränkungen als faktische Wirkungen. 61

1. Die Gruppensolidarität. 61

2. Die Ansicht von GABRIEL. 62

3. Die Entstehung der Fragestellung bei der Diskussion um die Einordnung der Genossenschaften. 63

4. Die herrschende Meinung. 67

5. Faktische Wirkungen genügen nicht. 68

6. Konstruktion des faktischen Vertrages nicht zu verwerten. 71

7. Veranlassung und Empfehlung zu gleichförmigem Verhalten. 73

a.) Die Veranlassung. 73

b.) Die Empfehlung. 74

VI. Das Verhältnis des § 1 zu § 23 GWB. 77

1. Die §§ 1 und 23 als einander ausschließende Normen. 78

2. § 23 Ziffer 5 und Gemeinschaftsgründungen. 80

3. Rückschlüsse aus den §§ 22,23 auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung von Gemeinschaftsunternehmen. 81

4. Zusammenfassung. 84

VII. Die Wettbewerbsbeschränkung als Vertragsinhalt. 84

1. Die unverbindliche Abstimmung. 84

2. Das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB. 86

3. Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote als Konkretisierung der Treuepflicht. 89

4. Vertraglich vereinbarte nachteilige Folgen einer Konkurrenztätigkeit: 91

a.) Der Ausschluß aus der Gesellschaft; 91
b.) andere Nachteile. 94
5. Kartellbeschlüsse. 95
6. Zusammenfassung. 96
VIII. Die Wettbewerbsbeschränkung als gemeinsamer Zweck. 96
1. Die verschiedenen Auffassungen. 96
2. Der Zweck als soziologischer Grundbegriff. 99
3. Die Häufung von Vertragszwecken und die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenabreden. 100
4. § 1 GWB stellt nicht auf subjektive Momente ab. 103
5. Zusammenfassung. 105
IX. Die Wettbewerbsbeschränkung als Horizontalvertrag. 105
1. Jeweils zwischen einem der Gründer und dem Gemeinschaftsunternehmen geschlossene Verträge. 105
2. Beschränkungen des Gemeinschaftsunternehmens selbst. 107
2. Abschnitt: Kollisionen zwischen § 1 GWB und dem Rechtsbereich des Gesellschaftsrechts. 108
I. Die rule of reason und die ancillary clauses. 108
II. Die Sozialadäquanz. 112
1. Die Ansicht von SPENGLER. 112
2. Die Bedeutung der Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 1 GWB. 113
3. Die Sozialadäquanz kein brauchbares Regulativ. 114
III. Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und der Grundsatz "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali". 116
IV. § 1 GWB als integraler Bestandteil der Gesamtrechtsordnung. 118
1. Der Zusammenhang von Teilrechtsordnungen. 118
2. Die wechselseitige Relativierung des Gesellschafts- und Wettbewerbsrechts. 119
V. Der Ausgleich zwischen den wettbewerbs- und den gesellschaftsrechtlichen Interessen. 120
1. Die ausschließliche Widmung der Arbeitskraft für das Gemeinschaftsunternehmen. 120
2. Die Vermeidung eines Interessenwiderstreits in der Person der Gesellschafter-Geschäftsführer. 122
a.) Die dualistische Stellung der Gesellschafter-Geschäftsführer. 122
b.) Das Gemeinschaftsunternehmen und seine Gesellschafter als juristische Personen. 123

c.) Die unterschiedliche Bedrohlichkeit der Gefahr eines Interessengegensatzes. 124

d.) Öffentliche und private Interessen. 125

e.) Die Unzulässigkeit von Eingriffen in die Ausgestaltung des Gesellschaftsgefüges. 126

3. Der Schutz vor "illoyaler" Verwertung dem Gemeinschaftsbereich zugehöriger Werte. 128

4. Die Sicherung der Wirtschaftlichkeit der gemeinsam errichteten Produktionsanlage. 130

5. Der Schutz der Gesellschaft vor zu hohen an einen konkurrierenden Gesellschafter bei seinem Ausscheiden zu zahlenden Abfindungsbeträgen. 133

3. Abschnitt: Die Erlaubnis nach § 5 Abs. 2 GWB. 135

1. Das Verhältnis der Rationalisierung zur Wettbewerbsbeschränkung. 135

2. Die Bedeutung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 2 GWB. 136

3. Stellungnahme des BKartA und der Literatur zur Rationalisierung durch gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen. 137

4. Das Erfordernis des Vergleichs zweier Zustände. 138

5. Der Rationalisierungseffekt der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen. 141

6. Wettbewerbsbeschränkungen als Mittel zur Rationalisierung. 144

7. Die Eignung zur besseren Bedarfsbefriedigung. 145

8. Die Angemessenheit des Verhältnisses des Rationalisierungserfolgs zur Wettbewerbsbeschränkung. 146

9. Wettbewerbsverbote im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens als Spezialisierung nach § 5 Abs. 2 Satz 3. 147

10. Gemeinschaftsunternehmen als Beschaffungs- oder Vertriebseinrichtungen nach § 5 Abs. 3. 149

11. Permanente Wettbewerbsbeschränkungen. 150

4. Abschnitt: Der Einfluß der Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf den Fortbestand der Gesellschaft. 152

Dritter Teil: Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach den Europäischen Verträgen. 155

1. Abschnitt: Artikel 85, 86 des EWG-Vertrages. 155

1. Die Art. 85, 86 im Verhältnis zum nationalen Recht. 155

2. Nicht meldepflichtige Vereinbarungen (Art. 4 Abs. 2 Ziffer 1 VO Nr. 17). 156

3. Der Wettbewerb als Grundlage der Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes. 159

4. Die Gemeinschaftsgründung. 161

5. Die Vermeidung von Interessenkollisionen. 162

2. Abschnitt: Artikel 65,66 des Montan-Vertrages. 163

1. Das Verhältnis der Art. 65 und 66 zueinander. 163

2. Die Gemeinschaftsgründung als Zusammenschlußtatbestand nach Art. 66. 166

a.) Kein Zusammenschluß der Gründerunternehmen untereinander. 166

b.) Die Sidemar-Entscheidung der Hohen Behörde. 167

c.) Die Gruppenkontrolle über bereits bestehende Unternehmen. 168

d.) Die Alleinkontrolle über ein neuerrichtetes Unternehmen. 171

e.) Die Gruppenkontrolle über ein neuerrichtetes Unternehmen. 172

f.) Die Genehmigung nach Art. 66 § 2. 173

3. Die Beurteilung zusätzlicher Vereinbarungen nach Art. 65. 176

Erster Teil: Die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen als Erscheinungsform unternehmerischer Zusammenarbeit.

I.) Antriebskräfte für eine verstärkte unternehmerische Zusammenarbeit

1.) In zahlreichen Publikationen und Diskussionsbeiträgen[1.)] ist in den vergangenen Jahren die Notwendigkeit einer verstärkten zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit hervorgehoben worden. Der Ruf nach mehr Kooperation, Teamwork, Verbund, gruppenwirtschaftlichen Gemeinschaftsformen oder welche Bezeichnung man auch immer wählen mag, ist nicht nur in der Bundesrepublik unüberhörbar, sondern gleichermaßen aus anderen Industrieländern zu vernehmen. So stand eine Studientagung der CEGOS (Commission Générale d'Organisation Scientifique), einer französischen Organisation zur Förderung der Rationalisierung, im Jahre 1962 unter dem Motto: "Das Zeitalter der Gemeinschaftsmaßnahmen: Absprachen, Kartelle und Fusionen (L'ère des actions collectives: accords, ententes et fusions)". Die Gemeinschaftsarbeit (travail en commune) wurde auf der Tagung geradezu als die einzige Art zu überleben (solution de survivance) im Gemeinsamen Markt bezeichnet[2.)].

Besonderes Interesse wird der Frage gewidmet, inwieweit dem Wunsch nach verstärkter zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit Bestimmungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), des Vertrages über die Gründung

---

1.) Team-work ein Begriff auch für Eisenhüttenleute
IK Nr. 17o/58
Europas Wirtschaft rückt näher zusammen HB Nr. 113/59
Von der Konzentration zur Kooperation HB Nr. 227/6o
Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zur Erzielung eines wirtschaftlichen Fertigungs- und Vertriebsprogramms
Industrieanzeiger Nr. 43/61;
Neue Wege der Kooperation HB Nr. 34/61;
Vom "atomistischen" zum "molekularen" Wettbewerb
HB Nr. 118/61;
Gemeinsam leben ist besser DZ Nr. 26o/62;
Das Zeitalter der Gemeinschaftsmaßnahmen HB Nr. 53/62;
Es gibt auch eine "weiße" Kooperation IK Nr. 1o8/63

2.) vgl. HB Nr. 53/62

der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl oder des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entgegenstehen und die Kooperation einer Erlaubnis seitens der Kartellbehörden bedarf. Dabei wird nicht selten unter wettbewerbsrechtlich farblosen Sammelbegriffen all das zusammengefaßt, was man gern als erlaubt sähe. Statt einer Prüfung fest umgrenzter Tatbestände an Hand der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften finden sich von Wunschdenken bestimmte Erörterungen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft hat in dem Bestreben, eine gewisse Klärung herbeizuführen, in einer den Spitzenverbänden der Wirtschaft am 5.11.1963 übergebenen und damit der Öffentlichkeit zugänglich gemachten Zusammenstellung "Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen" für zahlreiche Kooperationsmaßnahmen und -einrichtungen, die, wie es heißt, "für den Regelfall wahrscheinliche kartellrechtliche Beurteilung zu vermitteln" gesucht. Die sogenannte Kooperationsfibel gibt jedoch keine bindenden Auslegungsrichtlinien und ist, wie der Präsident des Bundeskartellamtes Dr. Günther ausdrücklich betont hat[3.)], kein kartellpolitischer Geleitbrief.

2.) Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, den auslösenden Momenten im einzelnen nachzuspüren, die die Produzenten zu weitgehender Solidarität und koordiniertem Vorgehen statt zu unabhängigem und individuellem Handeln anregen, doch seien wenigstens kurz einige der Hauptantriebskräfte unternehmerischer Kooperation aufgezeigt.

Unverkennbar ist eine gewisse Parallelität zu dem auch in anderen Bereichen des Gemeinschaftslebens bis weit hinein in den politischen Raum und das Verhältnis der Staaten zueinander feststellbaren Bestreben, sich zusammenzuschließen, Risiken gemeinsam zu tragen und so mehr Macht und Einfluß zu gewinnen. Einzelstaatliche Zuständigkeiten werden mit Rücksicht auf supranationale Organisationen,

---

3.) IK Nr. 108/63

Vertragssysteme, Finanzierungskonsortien und Kooperationsgruppen aufgegeben. Vielleicht muß mit einer gewissen Zwangsläufigkeit individuelles Handeln und das Ideal der größtmöglichen Freiheit des Einzelnen in seinem persönlichen und wirtschaftlichen Lebensbereich in einem Zeitalter der Gemeinschaftsmaßnahmen, der Massenfabrikation und des Massenkonsums weitgehend zurücktreten, entspricht die fortschreitende unternehmerische Solidarität, verstärkt durch die Zusammenarbeit in zahllosen Arbeitgeber-, Wirtschafts- und Interessenverbänden, nur der soziologischen Entwicklung einer modernen Massengesellschaft.

3.) Wendet man den Blick von dieser sicherlich sehr reizvollen, aber doch in einer juristischen Arbeit nicht zu erschöpfenden Thematik auf die eher zu erfassenden Motivationen im wirtschaftlichen Bereich, so erscheint insbesondere die Integration der Märkte und weitgehende Liberalisierung des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs einer unternehmerischen Zusammenarbeit förderlich. Die Bildung des Gemeinsamen Marktes mit dem Abbau der Zollschranken und Einfuhrkontingente hat zu einer fühlbaren Markterweiterung geführt, die Zahl der Konkurrenten ansteigen lassen und eine Intensivierung des Wettbewerbs mit sich gebracht.

Nicht nur seitens der EWG-Mitgliedstaaten, sondern auch der sogenannten Drittländer ist trotz gewisser Autarkiebestrebungen der EWG eher mit einer Verstärkung als einer Abnahme des Exportes in die Bundesrepublik zu rechnen. Bekannt sind die Bestrebungen der USA, im GATT, in der sogenannten Kennedy-Runde, zu einer Vereinbarung über einen merklichen Abbau der Zölle, Kontingente und anderen Handelshemmnisse zu gelangen. Ohne daß hier die Wettbewerbschancen der US-Industrie beurteilt werden können, sei doch darauf hingewiesen, daß sie einmal stärker automatisiert ist und zum anderen die Unternehmen mit größerem Eigenkapital ausgestattet sind, also einen nicht unwesentlichen Vorteil im Kapitaldienst aufweisen[4.]. Auch darf

---

4.) vgl. Stahlindustrie muß die Kosten senken
HB Nr. 227/61

nicht übersehen werden, daß die US-Unternehmer in einem harten, durch Anti-Trust Gesetze geprägten Wettbewerb auf einem großen Markt geschult sind.

Bekannt ist weiter der Druck der Entwicklungsländer, ihnen verstärkte Absatzchancen auf den Märkten der Industrieländer einzuräumen (aid by trade)[5.]. In zunehmendem Maße wird man mit ihrer Konkurrenz rechnen müssen, zumal sie ebenso wie Japan wegen der niedrigen Produktionskosten, die in erster Linie auf den geringen Löhnen beruhen, Niedrigpreisländer sind.

An die Stelle eines schützenden Protektionismus ist eine weitgehende Öffnung des Marktes der Bundesrepublik getreten. Die deutschen Unternehmer sehen sich daher der Notwendigkeit gegenüber, einmal sich für den verstärkten Kampf um den deutschen Kunden zu wappnen und zum anderen in den sich ihnen eröffnenden Märkten der anderen Staaten Fuß zu fassen. Es liegt nahe, daß diese Aufgaben in vielen Fällen gemeinsam in Angriff genommen werden und zwar sowohl seitens mehrerer deutscher Unternehmen als auch in Gemeinschaft mit ausländischen Konkurrenten[6.]. Deutsche Unternehmen machen sich in zunehmendem Maße selbst den Vorteil der billigen Arbeitskräfte in den Niedrigpreisländern zunutze und betreiben gemeinsam mit Partnern aus diesen Ländern als "joint ventures" bezeichnete Gemeinschaftsunternehmen. So haben die Nähmaschinenfabrik Pfaff AG und die Tokioter Nähmaschinenfabrik Janome eine Montagegesellschaft gegründet, die in Karlsruhe billig aus in Japan produzierten Teilen und weniger lohnintensiven deutschen Teilen Nähmaschinen montieren soll[7.].

4.) Starken Auftrieb haben die Bestrebungen zur Zusam-

5.) vgl. die Entschließungen der Genfer Welthandelskonferenz

6.) Nach dem 4.Gesamtbericht der EWG 1961, Art. 72 hat der Gemeinsame Markt bereits zur Gründung etlicher gemeinsamer neuer Gesellschaften geführt.

7.) Die Zeit Nr. 30/64 Seite 21

menarbeit, insbesondere in dem in dieser Arbeit näher zu behandelnden Produktionsbereich, durch die geradezu stürmische Fortentwicklung der Technik erhalten, eine Entwicklung, die nicht etwa gleichmäßig linear, sondern in sich ständig steigerndem Tempo vor sich geht. War früher eine Anlage vielleicht in 1o Jahren überholt und technisch veraltet, so muß ein Unternehmer heute oft schon nach wesentlich kürzerer Zeit feststellen, daß seine maschinelle Ausstattung dem neuesten Stand der Technik und internationalen Maßstäben nicht mehr gerecht wird. Er sieht sich vor die Aufgabe gestellt, will er nicht vom Markt verdrängt werden, seine Fertigungsmethoden ständig dem technischen Fortschritt anzupassen und Neuinvestitionen vorzunehmen, obwohl die bisher benutzten Anlagen sich vielleicht noch in einem sehr guten Erhaltungszustand befinden. Der Antrieb der Investitionstätigkeit durch die technische Entwicklung stellt an sich keine Besonderheit gegenüber früheren Jahren dar. Erheblich gewachsen aber ist mit dem Tempo des technischen Fortschritts die Höhe der Investitionskosten, deren Ansteigen darauf zurückzuführen ist, daß die neuen Anlagen technisch wesentlich komplizierter und aufwendiger konstruiert sind. Es werden zwar Arbeitskräfte eingespart, der Fertigungsablauf wird billiger und zeitsparender gestaltet, die Betriebskosten sinken. Die Investitionskosten aber, die durch eine billigere Produktion wieder erwirtschaft werden müssen, nehmen ständig zu, die Kapitalintensität steigt[8.]. Auch sei auf den erheblichen Aufwand für die angewandte Forschung hingewiesen, der erforderlich ist, um zu neuen, besseren und rationelleren Fertigungsprozessen zu gelangen.

Die Fortentwicklung der Technik läßt darüber hinaus die optimalen Betriebsgrößen wachsen[9.], da kleinere Ein-

---

8.) vgl. Konzentrationsenquête Bundestagsdrucksache IV 232o Seite 25

9.) vgl. Rühle von Lilienstern in Betrieb 1961,921; Lenel: Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse S. 2o

heiten den technischen Aufwand, beispielsweise einer Elektronik, nicht rechtfertigen würden und die Neuinvestitionen erst von einer bestimmten Größe an rentabel sind. Die Dimension einer Anlage, die dem letzten Stande der Technik entsprechen soll, steht daher keineswegs im Belieben des Unternehmers und für ihre Produktivität ist die Betriebsgröße oft von ausschlaggebender Bedeutung. Nach den Beobachtungen der Hohen Behörde der Montanunion können beispielsweise die Walzkosten für ein und dasselbe Walzerzeugnis bei sonst völlig gleichen Bedingungen sich bis auf das Doppelte erhöhen, je nachdem, ob es sich um eine große oder kleine Anlage handelt[10.) 11.].

Die Zunahme der Investitionskosten hat wiederum zur Folge, daß die Ausnutzungsrate der Anlagen sehr hoch liegen muß. Der Unterschied zwischen den Betriebskosten bei voller und bei nur teilweiser Ausnutzung ist umso größer, je leistungsstärker und kostspieliger die Anlage ist[12.]. Die Fertigungsstätten müssen weitestgehend ausge-

---

10.) Fayat in WuW 1957,771 (782)

11.) Das Anwachsen der Produktionskapazität mag an einigen besonders eindrucksvollen Zahlen aus dem Montanbereich veranschaulicht werden: Gegenüber vor dem Kriege ist die Tagesproduktion eines Hochofens von 350-400 t auf 1200-1800 t gestiegen. Das Einsatzgewicht von Siemens-Martin-Öfen und Thomas Konvertern hat sich etwa verdoppelt. Bei den Walzwerken haben sich die Durchsatzmöglichkeiten wie folgt entwickelt:

	vor dem Kriege	nachher
schwere Erzeugnisse	600-1000	1500-2400
leichte Erzeugnisse einer Halbzeugstraße	500	1200-2000
Warmbreitband	---	1000-2000
Feinblech	40-80	750-800
Grobblech	180	750-800

Kapazität in 1000 jato.

12.) vgl. IK vom 3.11.1960, wo Griese:Technik und Gemeinschaftsarbeit in der deutschen Hüttenindustrie S.14 darauf hinweist, daß in der Hüttenindustrie die Kosten für die Nichtnutzungsstunde in der Regel 80 - 90 % der Kosten für die Nutzungsstunde betragen.

lastet sein und kontinuierlich arbeiten. Damit taucht die Gefahr einer Überkapazität auf. Während die Unternehmen auf der einen Seite aus technischen Gründen Kapazitäten erstellen müssen, die ihrem derzeitigen Auftragsvolumen teilweise recht erheblich vorauseilen und in die der Bedarf erst hineinwachsen muß, sind sie auf der anderen Seite gezwungen, diese mit hohen Kosten errichteten Anlagen möglichst weitgehend auszunutzen. So hat insbesondere die Stahlindustrie in den letzten Jahren einen gewaltigen Investitionsboom erlebt. Gewisse Durststrecken, die zwischen dem Hinzukommen neuer Anlagen oder der Vergrößerung bestehender und dem Nachwachsen des Bedarfs liegen, werden die Unternehmen in Kauf nehmen. Auch werden sie sich bemühen, eine Überdimensionierung durch langfristige Planung möglichst zu vermeiden. Und doch ist die Gefahr von Kapitalfehlleitungen nicht zu unterschätzen, zumal sich die künftige Marktentwicklung nur in begrenztem Umfang berechnen läßt. Die Unternehmen sehen sich daher zu Überlegungen veranlaßt, wie sie diese Risiken einschränken können.

Ein Unternehmen, das nicht in der Lage ist, in absehbarer Zeit eine weitgehend optimale Ausnutzung einer Neuinvestition zu erreichen, wird erwägen müssen, von der Investition ganz Abstand zu nehmen und sich auf andere Produktionsvorgänge zu konzentrieren. Ganz abgesehen davon, daß dort die Situation ähnlich sein wird, kann der Verzicht auf einen Produktionsvorgang jedoch eine erhebliche Einnahmeeinbuße und eine zunehmende Krisenanfälligkeit mit sich bringen. Bei einer diversifizierten Produktion mit genügender Bandbreite des Erzeugungsprogramms ist die Gefahr eines Rückschlags geringer und kann eher aufgefangen werden. Der Übergang zu sogenannten "Einzweckwerken" ist, sofern das Werk nicht in einen Konzern eingefügt ist[13.], nicht ohne Bedenken.

13.) vgl. die Programmaufgliederung des Klöckner-Konzerns: Flachstahl in Bremen, Stabstahl in Hagen, Qualitätserzeugnisse in den Georgsmarienwerken (IK Nr. 227/61: Spezialisierung in der Stahlindustrie).

II.) Die gemeinsame Ausnutzung von Produktionsanlagen.

Wollen die Unternehmen sich nicht durch Fusion oder Konzernbildung zu einer größeren Einheit zusammenschließen, ihre wirtschaftliche Selbständigkeit also nicht aufgeben, so bietet sich die gemeinsame Ausnutzung neuer Produktionsanlagen an, die zu einer Senkung der Betriebskosten führen wird, da die Anlagen stärker ausgelastet werden. Die Anlaufzeit wird so besser überbrückt, die Investitionskosten können sich schneller amortisieren. Neue Anlagen können auf diese Weise durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit eher dem Auftragsvolumen und der Finanzkraft der Beteiligten angepaßt werden und doch über den derzeitigen Absatz und Eigenbedarf des Einzelunternehmens hinaus bereits im Zeitpunkt ihrer Errichtung die optimale größere Kapazität erhalten. Die gemeinsame Ausnutzung von Neuinvestitionen kann dabei auf verschiedene Weise erfolgen.

1.) Ein Unternehmen kann durch längerfristige Liefer- und Abnahmevereinbarungen mit einem anderen Unternehmen sich die Versorgung mit Produkten sichern, die für die Weiterverarbeitung in seinem Betrieb erforderlich sind oder sein Verkaufsprogramm sinnvoll ergänzen, so daß trotz zeitweiligen Verzichts auf den Bau einer eigenen Anlage, der aufgeschoben wird, bis das notwendige Kapital und die erforderlichen Absatzmöglichkeiten vorhanden sind, eine gewisse Diversifikation erreicht wird[14.].

14.) Zur Veranschaulichung mögen einige Beispiele aus dem Montanbereich dienen:
Im Jahre 1952 haben die Fiat S.P.A. Turin und die Cornigliano S.P.A. Genua miteinander vereinbart, daß die Cornigliano die Herstellung der von Fiat benötigten warmgewalzten Bleche und Breitbandstähle übernimmt. Cornigliano verpflichtete sich zur Lieferung, Fiat zur Abnahme. Dadurch wurde die ursprünglich beabsichtigte Aufnahme einer eigenen Produktion der genannten Erzeugnisse durch Fiat überflüssig (Handbuch der Montanunion Band VII, B 71, S.45-54).
Eine ähnliche Vereinbarung haben die Compagnie des Forges d'Audincourt & Dépendances und die Société Lorraine-Escaut im Jahre 1954 miteinander geschlossen. Die Forges hatte den für die Herstellung von Blechen benötigten Spezialstahl bisher selbst hergestellt. Dieses Verfahren hatte sich jedoch als unrentabel erwiesen.

In zunehmendem Maße werden in der Stahlindustrie, für die durch die Veröffentlichungen der Montanunion die meisten Unterlagen greifbar sind, auch Lohnverarbeitungs-, insbesondere Lohnwalzverträge, geschlossen, mit denen sich ebenfalls die oben geschilderten Effekte erzielen lassen. Dabei stellt ein Unternehmen seine durch eigene Produktion nicht ausgelasteten Anlagen einem anderen in der Weise zur Verfügung, daß es gegen Erstattung der Selbstkosten Rohmaterial, Vormaterial oder Halbzeug, das ihm von dem Partner geliefert wird, verarbeitet. Die darauf folgende Weiterverarbeitung bzw. der Verkauf bleibt jeweils dem das Material stellenden Unternehmen überlassen. Typisch für diese Form der Zusammenarbeit ist, daß ein Unternehmen neben der Verarbeitung eigenen Materials Material eines anderen Unternehmens im Lohnverfahren verarbeitet. Derartige Verträge sind in der verschiedensten Form denkbar. Neben dem einfachen Lohnarbeitsvertrag findet sich der sogenannte "Kapazitätsaustausch", bei dem die Partner wechselseitig Produktionsvorgänge für einander vornehmen[15.].

14.) Die Forges stellte die Produktion ein und vereinbarte mit Lorraine-Escaut einen Abnahme- und Liefervertrag (Handbuch der Montanunion Band VII, B 75, S. 3-4).

15.) Auch hier seien einige Beispiele des Montansektors angeführt:
Vor einigen Jahren hat sich die Hoesch AG gegenüber der Mannesmann AG verpflichtet, von dieser gelieferte Brammen bis zu einer bestimmten Menge auszuwalzen. Die Zusammenarbeit ist dann allerdings bald aufgegeben worden. Die Mannesmann AG hat inzwischen eine eigene Warmbreitbandstraße gebaut. Interessant ist an diesem Beispiel, daß die Mannesmann AG der Hoesch AG zum Bau der Anlage ein Darlehen über 25 Mio DM, rückzahlbar in 5 Jahren, gewährt, so also mitgeholfen hat, den Bau zu ermöglichen. (Diese Informationen wurden von der Rechtsabteilung der Hoesch AG zur Verfügung gestellt).

Das französische Unternehmen Compagnie des Forges de Chatillon, Commentry et Neuves-Maisons walzt für die August Thyssen-Hütte von dieser geliefertes Warmband zu Feinblechen (vgl. DZ Nr. 260/62: Gemeinsam leben ist besser).

Eine recht vielschichtige Zusammenarbeit verbindet die Hoesch AG mit der Dortmund Hörder-Hüttenunion. Die DHHU hat eine Blockbrammenstraße gebaut, auf der sie für

Mit längerfristigen Liefer- und Lohnarbeitsverträgen können allerdings auch nicht zu übersehende Nachteile verbunden sein. Einmal müssen die Transportkosten, die häufig gleich zweimal entstehen - Transport des Rohmaterials zur Veredlung, sodann Transport des veredelten Materials zu den Unternehmen der Beteiligten - in Rechnung gestellt werden. Eine größere Entfernung zwischen den Betrieben der Partner wird man nur dann in Kauf nehmen, wenn der Veredlungsvorgang recht hochwertig ist und sich die Transportkosten daher nicht so spürbar wie bei ausgesprochenen Massengütern im Preis niederschlagen. Eine zusätzliche Belastung bei mangelnder Auftragslage bedeutet eine häufig für den Fall der Nichtinanspruchnahme der Anlage vereinbarte Entschädigungsverpflichtung. Nicht außer acht gelassen werden darf schließlich, daß der Verzicht auf den Bau einer eigenen Anlage von dem Verzichtenden später bedauert werden mag, wenn eine gute Konjunktur, die sich nicht vorhersehen ließ, ihm die Ausnutzung einer eigenen Anlage doch ermöglicht hätte.

2.) Bei den bisher erwähnten Formen der gemeinsamen Ausnutzung von Produktionsanlagen wurden diese jeweils nur von einem Unternehmen betrieben. Der Betrieb der neuen Produktionsstätte kann aber auch durch mehrere Unternehmen gemein-

---

15.) Hoesch von dieser angelieferte Rohblöcke auswalzt. Auf der anderen Seite läßt die DHHU bei Hoesch auf deren Warmbreitbandstraße walzen. Darüberhinaus hat Hoesch der DHHU ermöglicht, die Sinteranlage, die Hoesch neu errichtet hat, mit auszunutzen. Die DHHU liefert die Erze und Brennstoffe, Hoesch stellt die Selbstkosten in Rechnung (vgl. DZ Nr. 26o/62; HB Nr.3o/6o:Kapazitätsaustausch der Hütten; HB Nr. 191/59:Hüttenwerke helfen einander aus).
Die zur Spitzengruppe der französischen Stahlkonzerne gehörenden Unternehmen Usinor und Lorraine-Escaut beabsichtigen den Abschluß eines Lohnwalzvertrags im Warmbreitbandbereich. Im neuen Hüttenwerk der Usinor in Dünkirchen sollen im Lohnverfahren größere Mengen von Rohstahlblöcken und Halbzeug der Lorraine-Escaut ausgewalzt werden (Die Welt Nr. 213/63).

sam erfolgen, und zwar über einen gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluß. Die Vergemeinschaftung kann sich dabei auf den Betrieb durch Bildung einer sogenannten Betriebsgesellschaft[16.] beschränken, während das Anlagevermögen nicht in die Gesellschaft eingebracht, sondern dieser verpachtet wird[17.]. Die Errichtung einer neuen Anlage kann dem Eigentümer dadurch erleichtert werden, daß die Partner oder die Betriebsgesellschaft ihm ein Darlehen gewähren, das mit der zu zahlenden Pacht verrechnet wird. Möglich ist auch, daß nicht nur ein Unternehmen, sondern mehrere oder alle Partner jeweils bestimmte einander ergänzende Produktionsanlagen errichten, die ihnen vermögensmäßig allein gehören, jedoch von einer gemeinsamen Betriebsgesellschaft betrieben werden. Denkbar ist etwa folgende Regelung: Die Kosten der Errichtung und späterer Erweiterungen gehen zu Lasten des jeweiligen Eigentümers. Die Betriebsgesellschaft bezahlt ein Entgelt für die Benutzung der Anlagen und hat die Kosten des Betriebs einschließlich der Reparaturen zu tragen[18.].

3.) Einen weiteren Schritt in eine noch engere Gemeinschaft bedeutet die Zusammenfassung nicht nur des Betriebes, sondern darüber hinaus auch der Betriebsvermögen.

Die Zusammenarbeit kann sich dabei auf einzelne Betriebe oder Betriebsabteilungen - die Grenzen sind insoweit fließend - beschränken, die aus bestehenden Unternehmen ausgegliedert und in eine gemeinsame Tochtergesellschaft eingebracht werden, während andere Betriebe der Vertragspartner selbständig bleiben[19.]. In der Literatur wird dieser Vor-

---

16.) von Naegeli a.a.O S.256 Pachtungsgemeinschaft genannt.

17.) So hat beispielsweise die Gewerkschaft Wintershall mit den Gewerkschaften Herfa und Neurode nach dem ersten Weltkrieg eine Betriebsgesellschaft zur Verarbeitung der Rohsalze der drei Unternehmen in der im Eigentum der Wintershall stehenden Salzverarbeitungsfabrik geschlossen (vgl.Münstermann:Die Konzerne der Kaliindustrie S.90).

18.) vgl. Bauer:Die rechtliche Struktur der Truste S.234; Rosendorff:Die rechtliche Organisation der Konzerne S.32.

19.) So haben die AEG, Siemens & Halske und die Auer Gesellschaft ihre Glühlampenfabriken in der Osram GmbH zusammengefaßt (Die Zeit Nr. 4/64).

gang als Teilfusion bezeichnet[20.].

Erfaßt die Ausgliederung hingegen das gesamte Anlage- und Umlaufvermögen der Vertragspartner, erhalten die bisherigen Unternehmensträger im Verhältnis der Werte der eingebrachten Unternehmen zueinander Anteile an der gemeinsamen neuen Gesellschaft, so werden aus den bisherigen Betriebsgesellschaften Holdinggesellschaften. Diese Zusammenfassung vollständiger Betriebe, für die sich in der Literatur verschiedene Bezeichnungen finden[21.], kommt einer Verschmelzung sehr nahe[22.].

4.) Schließlich können Produktionsanlagen durch mehrere Unternehmen gemeinsam neu errichtet werden. Diese Gemeinschaftsgründungen, die von NAEGELI[23.] auch als konsortiale Neugründungen bezeichnet werden, sind der Bereich zwischenbetrieblicher Zusammenarbeit, der in dieser Arbeit einer näheren Betrachtung in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht unterzogen werden soll. Die einzelnen dabei denkbaren Möglichkeiten sollen im folgenden Abschnitt aufgegliedert werden.

Alle übrigen oben geschilderten Formen gemeinsamer Ausnutzung von Produktionsanlagen müssen bei den weiteren Untersuchungen unberücksichtigt bleiben. Nicht behandelt

---

19.) Die französischen Automobilgesellschaften Citroen und Peugeot haben kürzlich eine gemeinsame Tochter gegründet, in die sie einzelne ihrer Werke eingebracht haben (Die Welt Nr. 165/64 S.1o).
Im Kartellbericht 1962 (Bundestagsdrucksache IV 122o S.23) wird erwähnt, daß mehrere Hersteller von Putzträgern eine GmbH gegründet hätten, in die sie ihre Anlagen eingebracht hätten.

2o.) Naegeli a.a.O.244 ff.

21.) Naegeli a.a.O.S.245:unechte Partialgemeinschaften; Haussmann a.a.O.S.135:zentrale Interessengemeinschaften.

22.) Als Beispiel führt Dille (KartRdsch 1927,64o) die Gründung der Vereinigten Stahlwerke AG an.Aus neuerer Zeit ist die Zusammenlegung der Produktionsanlagen zweier französischer Hüttenwerke in der Somosid zu erwähnen (12.Gesamtbericht der Hohen Behörde der Montanunion 1964,S 2o1 ff).

23.) a.a.O.S.242 ff.

werden somit die Fälle, in denen der Betrieb der Produktionsanlagen nicht gemeinsam, sondern nur durch einen der Partner erfolgt, der in einem langfristigen Liefer- oder Lohnarbeitsverhältnis zu einem anderen Unternehmen steht. Nicht erörtert seien ferner sowohl die bloßen Betriebsgesellschaften als auch die Ausgliederung bereits bestehender Anlagen aus den Unternehmen der Vertragspartner. Schließlich seien die sogenannten Arbeitsgemeinschaften ausgeschieden, die zur Lösung sachlich und zeitlich begrenzter Aufgaben gegründet werden. Als Gelegenheitsgesellschaften sind sie von den hier behandelten Erscheinungen zu trennen[24.].

Mag zwischen den nicht behandelten Erscheinungsformen gemeinsamer Ausnutzung von Produktionsanlagen und der hier herausgegriffenen gemeinsamen Neuerrichtung auch wirtschaftlich eine mehr oder weniger nahe Verwandtschaft bestehen, so läßt sich eine Eingrenzung der Thematik doch nicht vermeiden. Eine umfassende Untersuchung aller Möglichkeiten der Kooperation im Produktionsbereich auf ihre wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin würde zu umfangreich werden und sich nur dann geradezu aufdrängen, wenn all diese Formen Varianten eines bestimmten, von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften einheitlich erfaßten Tatbestandes wären. Das aber ist nicht der Fall. Ein Blick auf die Systematik des GWB zeigt, daß das Gesetz an keiner Stelle bestimmte Rechtsfolgen speziell mit dem Vorliegen des Tatbestandes der gemeinsamen Ausnutzung von Produktionsanlagen verbindet. Damit aber ist der Weg frei für die Untersuchung von Teilbereichen, wobei dem jeweiligen Autor letztlich die Abgrenzung freibleibt.

III.) Aufgliederung der verschiedenen bei der gemeinsamen Neuerrichtung von Produktionsanlagen denkbaren Möglichkeiten.

Will man Gemeinschaftsgründungen auf die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit hin überprüfen, so erscheint eine nähere Betrachtung ihrer einzelnen Erscheinungsformen zweckmäßig. Dabei soll die Aufgliederung nicht unter gesell-

24.) vgl. Lutz NJW 1960,1633ff;Rasch WuW 1961,79ff;Benkendorff WuW 1951/52,279 zu ihrer wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit.

schaftsrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen, da für die Anwendung des GWB die Rechtsform, in welcher das neugegründete Unternehmen betrieben wird, ohne Belang ist. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Organisationsform läßt sich die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nicht ermitteln[25.]. Vielmehr sollen in diesem Abschnitt die einzelnen Möglichkeiten vom Produktionsprogramm der Unternehmen der Vertragspartner einerseits und des Gemeinschaftsunternehmens andererseits und den Auswirkungen der Gemeinschaftsgründung auf Produktion und Absatz der Beteiligten her erfaßt werden. Unbeachtet bleiben soll dabei zunächst, ob diese Auswirkungen rein faktisch auftreten oder ob dahingehende besondere Vereinbarungen der Beteiligten vorliegen. Dieser Frage wird erst später besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

1.) In der Gemeinschaftsanlage können die gleichen Produkte hergestellt werden, die die Vertragspartner bereits bisher in ihren Unternehmen getrennt fabriziert haben.

So haben im Jahre 1948 mehrere französische Montangesellschaften, vor allem die de Wendel Gruppe, zum Zwecke der gemeinsamen Errichtung eines Warm- und Kaltbreitbandwalzwerks die Société Lorraine de Laminage Continu (Sollac) gegründet[26.].

Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich der Montanindustrie ist das zur Zeit in der Nähe der belgischen Küste bei Gent entstehende Hüttenwerk zur Herstellung von Flachstahlerzeugnissen, das von der Sidérurgie Maritime (Sidemar) errichtet wird. Diese Gesellschaft ist von einer ganzen Reihe belgischer, französischer und luxemburgischer Unternehmen, die zum großen Teil miteinander verflochten sind, gegründet worden[27.]. Interessant ist die Tatsache, daß das Werk in der Nähe der Küste errichtet wird. Während man in der Vergangenheit bestrebt war, Hüttenwerke in der Nähe der Kohlen- und Erzgruben zu bauen, sucht man jetzt die für den

---

25.) Hierüber besteht allgemeines Einvernehmen. vgl.Benisch in Betrieb 1961,1o9o;Knur in DNotZ 1963,644;Held: Rechtsformen zulässiger Kartelle S.15.

26.) DZ Nr. 26o/62:Gemeinsam leben ist besser.

27.) WuW 1962,498.

Transport billigerer und besserer überseeischer Erze und Kohle günstige Küstenlage auszunutzen[28.].

Im Bereich der Elektroindustrie ist aus jüngster Zeit die Neugründung von zwei Unternehmen für die Produktion elektrischer Ausrüstungen und Kabel durch die Société Matérial Eléctrique Schneider-Westinghouse und die Société des Forges et Ateliers de Constructions Eléctriques zu erwähnen[29.].

Die BASF und die Shell haben kürzlich gemeinsam eine Gesellschaft gegründet, die in Berre bei Marseille Hochdruckpolyäthylen herstellen soll. Die beiden Unternehmen sind ferner bereits je zur Hälfte an den Rheinischen Olefinwerken in Wesseling bei Köln beteiligt, dem größten Hochdruckpolyäthylenerzeuger auf dem europäischen Kontinent[30.].

Interessant ist die Erscheinung, daß nicht selten mehrere Töchter einer Muttergesellschaft oder die Mutter mit einer oder mehreren ihrer Töchter eine neue Tochter errichten[31.].

Das Bundeskartellamt hatte sich mit der Errichtung einer von dem Gemeinschaftsunternehmen der Kieler Fischgroßhandels GmbH & Co KG zu betreibenden maschinellen Fischfiletierungsanlage durch 7 Unternehmen in Kiel zu befassen, die die Fischfiletierung vorher manuell betrieben hatten[32.].

Das Tätigwerden des Gemeinschaftsunternehmens im bisherigen Produktionsbereich der getrennten Unternehmen seiner Gründer stellt diese vor die Entscheidung, wie das Verhältnis der verschiedenen Unternehmen zueinander gestaltet werden soll. Dabei sind mannigfaltige Möglichkeiten denkbar, die bereits hier aufgezeigt seien und die jeweils allein oder kombiniert nebeneinander[33.] auftreten können:

28.) So haben die Usinor bei Dünkirchen, Klöckner in Bremen und Italsider in Tarent neue Walzwerke errichtet.

29.) Die Zeit Nr. 5/64 S.18.

30.) Handelsblatt Nr.140/62 S.8.

31.) Bühler: Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne S.371/372

32.) BAnz Nr.242/1959 und WuW 1961,858.

33.) Nebeneinander können allerdings nur die im folgenden unter b (bb,cc und dd) sowie c genannten Varianten auftreten.

a.) Die Vertragspartner stellen in ihren getrennten Unternehmen die Erzeugnisse des bisherigen Produktionsprogramms in unbegrenztem Umfang weiter her und vertreiben sie wie bisher zu nicht aufeinander abgestimmten Preisen und Konditionen. Die Gemeinschaftsproduktion erfolgt neben der fortlaufenden der Beteiligten ohne beschränkende Auswirkungen auf diese. Auf der anderen Seite wird auch das Gemeinschaftsunternehmen weder durch vereinbarte noch durch faktische Beschränkungen in seiner Produktion oder seinem Absatz eingeengt.

b.) Während das Gemeinschaftsunternehmen unbegrenzt tätig wird, bleibt seine Errichtung nicht ohne Auswirkungen auf die Tätigkeit der getrennten Unternehmen der Vertragspartner:

aa.) Diese geben ihre eigenständige Produktion auf, indem sie ihr Tätigwerden zusammengefaßt auf das Gemeinschaftsunternehmen verlagern[34.], in dessen Produktionsbereich nurmehr gemeinsam und nicht wie bisher getrennt auftreten. So haben die 7 Unternehmen, die die Kieler Fisch-Großhandels GmbH & Co KG gegründet haben, die selbständige manuelle Fischfiletierung aufgegeben.

bb.) Die Produktion in den Betrieben der Vertragspartner läuft zwar weiter, wird jedoch in ihrem Umfang mit Rücksicht auf die hinzugetretene Kapazität der Gemeinschaftsanlage begrenzt.

cc.) Die Vertragspartner schränken die selbständige Produktion zwar im Umfang nicht ein, da ein genügend großer Bedarf besteht, um sie neben der der Gemeinschaftsanlage absetzen zu können, doch beliefern sie andere Absatzgebiete oder andere Abnehmergruppen als das gemeinsame Werk.

dd.) Die selbständigen Unternehmen der Beteiligten richten sich nach den Preisen und Konditionen des Gemeinschaftsunternehmens, das sozusagen als price-leader der Gruppe fungiert.

34.) Rittner: Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung S. 113.

c.) Möglich ist auch der umgekehrte Fall, daß zwar die Unternehmen der Beteiligten, die diese getrennt voneinander betreiben, unbegrenzt weiter produzieren, jedoch der Aktionsradius des Gemeinschaftsunternehmens eingeengt, seine Tätigkeit mit Rücksicht auf die der Mutterunternehmen limitiert wird. Das Gemeinschaftsunternehmen kann sich nicht frei entwickeln, bleibt ein gebundenes Instrument in der Hand seiner Gründer[35.].

Die Begrenzung des Tätigkeitsbereichs der Gemeinschaftsanlage kann bereits durch eine einengende Umschreibung des Gegenstandes des Unternehmens im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Bereits in den Statuten der Gesellschaft kann deren Tätigwerden in Bezug auf das Produktionsprogramm, den Produktionsumfang und die Gestaltung der Preise und Konditionen eingeengt festgelegt werden. Das restriktive Auftreten des Gemeinschaftsunternehmens kann aber auch auf späteren Weisungen der Gesellschafter beruhen oder sich rein faktisch ergeben.

2.) Nicht selten umfaßt das Produktionsprogramm der Gemeinschaftsanlage nur neue Erzeugnisse, die die Unternehmen der Vertragspartner bisher nicht hergestellt haben. Insbesondere können neue Erfindungen und Fertigungsmethoden, deren industrielle Auswertung im Entwicklungsstadium erhebliche Risiken in sich bergen und hohe Anlaufkosten erfordern kann, gemeinsam zur Produktionsreife entwickelt und verwertet werden[36.].

Zahlreiche Beispiele finden sich im Bereich der chemischen Industrie. So sind die Buna-Werke gemeinsam von den Vereinigten Stahlwerken und der IG Farben, mehrere Produktionsstätten für synthetische Fasern von verschiedenen Chemie-

---

35.) vgl. Weiser in WuW 1963,285 ff (292)

36.) Fischer: Die Unternehmenskonzentration als Gegenstand wirtschaftsordnender, gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Gesetzgebung S.26.

Der Gedanke des gemeinsamen Wagnisses kommt in der Bezeichnung "joint ventures" zum Ausdruck.

unternehmen gegründet worden[37.)38.)].

Im Jahre 1954 haben die Hoesch AG und die Mannesmann AG zur Herstellung geschweißter Großrohre gemeinsam ein Großrohrwerk errichtet. Das Werk wurde durch eine GmbH betrieben, an deren Kapital die Mannesmann AG zu 2/3 und die Hoesch AG zu 1/3 bei gleichem Stimmrecht beteiligt waren. Bis zur Errichtung des Werkes hatten beide Partner keine Großrohre hergestellt. Die Hoesch AG hat dann allerdings bald darauf ein eigenes Rohrwerk errichtet und ist aus der GmbH ausgeschieden[39.)]. Das schnelle Auseinanderfallen des Gemeinschaftsunternehmens, für das sich auch bei anderen Produktions-, Betriebs- und Vertriebsgesellschaften Beispiele finden[4o.)], zeigt, auf welch große Hemmungen der gemeinsame Betrieb einer Anlage durch mehrere miteinander in Wettbewerb stehende große Montanunternehmen noch stößt.

Auf dem militärischen Sektor sei auf die von Produzenten aus mehreren Nato-Staaten gegründeten Unternehmen zur Entwicklung und Herstellung von Flugzeugen und Panzern hingewiesen[41.)].

Wie unter Ziffer 1 soll auch hier abstrakttheoretisch eine weitere Aufgliederung der denkbaren Möglichkeiten erfolgen, deren Abgrenzung voneinander in der Praxis allerdings, wie sich noch zeigen wird, auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen kann:

a.) Es kann sein, daß die Beteiligten, wenn es nicht zum Bau der Gemeinschaftsanlage gekommen wäre, getrennt voneinander in diesem Bereich tätig geworden wären, jeder für sich

---

37.) Bühler a.a.O.S.371/372

38.) Markert (AWD des BetrBer 1964,241)berichtet von der gemeinsamen Errichtung eines Natriumchloratwerks(Penn-Olin Chemical Co.) durch zwei US-Chemieunternehmen,mit der sich die Antitrustbehörden der USA zu befassen hatten.

39.) Diese Angaben wurden von der Rechtsabteilung der Hoesch AG zur Verfügung gestellt.

4o.) So ist die ATH aus der im Jahre 1956 mit der Siegener Aktiengesellschaft für Eisenkonstruktion,Brückenbau und Verzinkerei (SAG)gegründeten Vertriebsgesellschaft,wie mir seitens der SAG mitgeteilt wurde, mit Wirkung vom 31.3.1961 ausgeschieden.

41.) vgl. u.a. Die Zeit Nr. 3o/64 S.24

eine eigene Anlage aufgebaut hätten. Das setzt einmal objektiv die Möglichkeit, den Investitionsaufwand für eine selbständig zu betreibende Anlage allein zu tragen, und zum anderen voraus, daß die Beteiligten den unternehmerischen Entschluß zur Investition auch jeweils isoliert auf sich gestellt gefaßt hätten.

Dabei kann es sein, daß der Aufbau einer eigenständigen Produktion den Beteiligten, zumal wenn es sich um Großunternehmen handelt, verhältnismäßig leicht gefallen wäre. Möglich ist aber auch, daß dazu die Anspannung aller Kräfte, die Aufgabe anderer Investitionspläne, die Auflösung von Reserven oder weitgehende Inanspruchnahme von Fremdmitteln notwendig geworden wäre. Von Bedeutung ist auch der Zeitfaktor. Die Errichtung getrennter Anlagen kann bereits im Zeitpunkt der Gemeinschaftsgründung möglich gewesen sein. In vielen Fällen wäre sie aber erst in einigen Jahren realisierbar geworden, sind die finanziellen Mittel im Augenblick nicht vorhanden, reichen sie nur zu einer Gemeinschaftsaktion, bei der die Kosten geteilt werden, aus.

Der unternehmerische Entschluß, notfalls auch allein und nicht nur gemeinsam eine Neuinvestition vorzunehmen, hängt weitgehend von der Investitions- und Risikobereitschaft des Einzelnen ab. Bei gleichen objektiven Gegebenheiten können verschiedene Unternehmer zu unterschiedlichen Investitionsentscheidungen kommen, da sie beispielsweise die Marktentwicklung nicht gleich beurteilen, mehr oder weniger als der andere bereit sind, sich zu verschulden und das Risiko neuer Produktionsvorgänge oder Artikel zu tragen.

Wären die Gründer des Gemeinschaftsunternehmens auch getrennt auf dem neuen Produktionssektor tätig geworden, so kann die Gemeinschaftsaktion, je nach Lage des Einzelfalles, verschiedene Auswirkungen haben:

aa.) Die Partner errichten neben dem Gemeinschaftswerk auch noch eigene Anlagen, in denen sie die gleichen Erzeugnisse herstellen. Dann können die gleichen Wirkungen auf-

treten, wie sie oben unter Ziffer 1, a, b(bb-dd) und c[42.] geschildert wurden.

bb.) Die Partner nehmen eine getrennte Produktion nicht auf, da sie entweder hierzu nicht mehr in der Lage oder nicht bereit sind. Die Erstellung der Gemeinschaftsanlage kann ihre finanziellen Kräfte so beansprucht haben, daß der Investitionsaufwand für eine weitere Anlage nicht mehr aufgebracht werden kann. Auch kann es sein, daß die Beteiligten dem Gemeinschaftsunternehmen keine Konkurrenz machen wollen oder das Risiko selbständiger Investition scheuen, nachdem sie ja bereits durch die Gemeinschaftsanlage auf dem Markt vertreten sind und ein genügender Absatz für weitere Kapazitäten zweifelhaft erscheint. Hier lassen sich die verschiedenartigsten Motivationen denken.

b.) Eine andere denkbare Möglichkeit ist, daß die Beteiligten ohne die Gemeinschaftsaktion weder jetzt noch später in dem neuen Produktionsbereich tätig geworden wären, da ihnen dazu die finanziellen Mittel oder die notwendige unternehmerische Initiative gefehlt hatten, daß sie also ohnehin objektiv nicht in der Lage oder subjektiv nicht bereit gewesen wären, selbständig den Markt zu beschicken. Das wird insbesondere dann der Fall sein, wenn sich viele kleine, finanzschwache Unternehmen zur Gründung einer Gemeinschaftsanlage zusammenfinden.

3.) Die Gemeinschaftsanlage kann errichtet werden zur gemeinsamen Herstellung von Rohstoffen, Hilfsstoffen oder Betriebsmitteln, die für die weitere Verarbeitung seitens der Beteiligten in deren selbständigen Betrieben benötigt werden. Das Gemeinschaftsunternehmen dient den Vertragspartnern als Zulieferant. In diesem Fall spricht man von einer Produktionsgemeinschaft.

42.) Seite 23 der Arbeit. Dieser Fall kann im weiteren vernachlässigt werden. Insoweit sei, um Wiederholungen zu vermeiden, auf die vorhergehenden und die nachfolgenden Ausführungen zu den Varianten Ziffer 1a,b(bb-dd) und c verwiesen.

So wird im Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes für das Jahr 1962 der Betrieb gemeinsamer Schwefelsäurefabriken durch 44 gewerbliche Großverbraucher von Schwefelsäure erwähnt[43.]. Dabei handelt es sich um einen Zusammenschluß aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des GWB, der nicht nur der gemeinsamen Fabrikation, sondern auch dem gemeinsamen Einkauf dient (Beschaffungssyndikat).

Ferner sei hingewiesen auf: die Duisburger Kupferhütte, die ihre Gesellschafter mit Schwefelkiesen versorgt[44.], eine gemeinsame Eisfabrik mehrerer Schlachter[45.], eine Faßfabrik mehrerer Brauereien[46.] und gemeinsame Elektrizitätswerke[47.].

a.) Haben die Vertragspartner die benötigten Produkte bisher von dritter Seite bezogen, so kann die Errichtung der Gemeinschaftsanlage dazu führen, daß der Bedarf nunmehr ausschließlich bei dem neugegründeten eigenen Unternehmen gedeckt und nicht weiter bei den bisherigen Lieferanten bezogen wird. Diesem ausschließlichen Bezug bei dem Gemeinschaftsunternehmen entsprechend kann es sein, daß die Gemeinschaftsanlage ihrerseits andere Verarbeitungsbetriebe nicht beliefert und ihre gesamte Produktion den Unternehmen der Beteiligten an dient, damit deren kontinuierliche Versorgung sichergestellt ist[48.].

b.) Haben die Vertragspartner die benötigten Produkte bisher getrennt selbst hergestellt, so kann die getrennte Produkrion beibehalten[49.] oder aber aufgegeben werden. Daneben kann es wie unter a) zum ausschließlichen Bezug bei der Gemeinschaftsanlage und zur ausschließlichen Belieferung der Beteiligten durch die Gemeinschaftsanlage kommen.

43.) Bundestagsdrucksache IV/122o,S.37-39

44.) Flechtheim: Neue Rechtsformen industrieller Zusammenschlüsse S. 364

45.) Kartellgericht in KartRdsch 1933,32

46.) Haussmann: Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende S.9

47.) Münstermann a.a.O. S.25

48.) Daneben kann die Errichtung der Gemeinschaftsanlage eine mögliche getrennte Produktionsaufnahme verhindern (vgl. hierzu Ziffer 2,a,bb)

4.) Häufig dienen Gemeinschaftsgründungen ferner der gemeinsamen Weiterverarbeitung von Haupt-, Neben- oder Abfallprodukten der beteiligten Unternehmen. Dann spricht man von Verarbeitungsgemeinschaften[50.].

Will man einige Beispiele anführen, so ist u.a. an die großen Gemeinschaftsgründungen des Rheinisch-Westfälischen Kohlesyndikats aus der Zeit vor dem zweiten Weltkrieg zu denken, und zwar die Ruhrgas AG zur Verwertung der Hochofengase der Zechen, die Ruhrchemie AG zur Stickstoffsynthese und die Ruhrbenzin AG zur Steinkohlenhydrierung[51.]. Sodann sind Gemeinschaftsgründungen zur Verarbeitung des Kokereiteers der Gründer zu Teerderivaten[52.], zur Weiterverarbeitung von Kalisalzen[53.] und Gemeinschaftsraffinerien mehrerer Erdölgesellschaften[54.] zu nennen.

Möglich ist schließlich eine Kombination von Verarbeitungs- und Produktionsgemeinschaft, so wenn ein Stahlwerk und eine Zeche gemeinsam eine Kokerei errichten. Die Zeche liefert die geförderte Kohle an die Kokerei, die ihrerseits den anfallenden Koks an das Stahlwerk weitergibt.[55.]

49.) In diesem Fall können die unter Ziffer 1 a,b (bb-dd) und c geschilderten Effekte auftreten. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf die Ausführungen S.23 der Arbeit verwiesen.

50.) Naegeli a.a.O.S.118;Friedländer:Konzernrecht S.67 und 123 ff

51.) Bühler a.a.O.S.364 ff;Naegeli a.a.O.S.249ff.

52.) Kartellgericht in Kart Rdsch 1927,562 ff;Naegeli a.a.O. S.119/120;Haussmann:Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen S.203ff.. Beschluß des BKartA vom 10.4.1964 betr. dieGesellschaft für Teerverwertung mbH in Duisburg-Meiderich (bisher im Wortlaut nicht veröffentlicht).Vgl.jedoch Handelsblatt Nr. 76/64S.6, Die Welt Nr. 93/64 und WRP 1964,201.Mit Beschluß vom 16.6.64 haben die Gesellschafter die Ausschließlichkeitsverpflichtungen, nachdem diese vom BKartA genehmigt worden waren, wegen eines inzwischen eingetretenen Gesellschafterwechsels wieder aufgehoben (Bundesanzeiger Nr.143 vom 6.8.64).

53.) Münstermann a.a.O.

54.) Eine gemeinsame Raffinerie haben z.B. die Gelsenkirchener Bergwerks AG und die Mobil Oil AG laut Mitteilung in den Tagesnachrichten des BMWi vom 30.9.63, ferner die Esso und der italienische Staatskonzern ENI in Bari

a.) Wurden die in den Betrieben der Vertragspartner anfallenden Produkte bisher unverarbeitet weiterveräußert, so kann die Errichtung des gemeinsamen Verarbeitungsbetriebes dazu führen, daß die Beteiligten nunmehr ausschließlich diesen beliefern. Die Vorprodukte werden in der Gemeinschaftsanlage zusammengefaßt und nach der Verarbeitung konzentriert weitergeleitet[56.]. Das Gemeinschaftsunternehmen seinerseits kann sich ebenfalls darauf beschränken, mit den Unternehmen der Vertragspartner zu kontrahieren, nur bei diesen beziehen und deren gesamte Produktion abnehmen.

b.) Haben die Beteiligten die Vorprodukte bisher getrennt weiterverarbeitet, so können die getrennten Anlagen beibehalten[57.] oder aufgegeben werden. Daneben kann wie unter a.) ein Ausschließlichkeitsverkehr Auswirkung der Gemeinschaftsanlage sein.

Damit ist die Übersicht über die denkbaren Möglichkeiten bei der gemeinsamen Errichtung neuer Produktionsanlagen abgeschlossen. Im ersten Abschnitt des zweiten Teiles der Arbeit werden wir auf diese Aufgliederung zurückkommen und sie den Erörterungen zu den Tatbestandsmerkmalen der Marktbeeinflussung und Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB zugrundelegen.

IV. Die Einordnung der Gemeinschaftsgründungen in ein System der Unternehmenszusammenfassungen und ihre wettbewerbsrechtliche Bedeutung.

1.) In der Zeit der zwanziger und dreißiger Jahre wurde besonderes Interesse einer systematischen Abgrenzung der einzelnen Erscheinungsformen der Unternehmenszusammenfassung als Oberbegriff entgegengebracht. Die verschiedenen Arbeiten auf diesem Gebiet haben allerdings zu keinem einheitlichen Einteilungsschema und damit zwangsläufig zu keiner einheitlichen Nomenklatur geführt. Es finden sich zahl-

---

54.) und Livorno (Die Zeit Nr.30/64 S.17)

55.) Dieses Beispiel findet sich bei Kern: Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion S.74 .

56.) Held a.a.O.S. 77

57.) vgl. Fußnote 49.) auf S.29

reiche unterschiedliche Bezeichnungen für ein und denselben wirtschaftlichen Tatbestand und umgekehrt übereinstimmende Benennungen ganz verschiedener Erscheinungen. Um des Systems willen wurde Zusammengehöriges getrennt und Verschiedenartiges zusammengefaßt[58.].

2.) Im Vordergrund der morphologischen Betrachtungen stand die Herausarbeitung der Begriffe Konzern und Kartell, die sozusagen die Grundpfeiler einer jeden Systematik bildeten. Die vielfältigen Bemühungen um ihre Definition beherrschten eindeutig die Diskussion um das Kartellproblem, die nach dem Inkrafttreten der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2.11.1923 (KartVO 1923) nicht nur von theoretisch-nationalökonomischem, sondern von aktuellem praktischen Interesse für die Anwendung des Sonderrechts der Kartelle war. Da § 1 der KartVO 1923 keine Legaldefinition enthielt[59.], mußte die grundsätzliche Frage, wann ein Kartell vorliegt, beantwortet werden.

Dem Kartell wurde der Konzern gegenübergestellt. Dabei wurden die Begriffe in gegenseitiger Abgrenzung unter starker Betonung der Unterschiede entwickelt[60.]. Wenn vereinzelt auch versucht wurde, eine gemeinsame Wurzel der Kartell- und der Konzentrationsbewegung festzustellen[61.], so galt das vornehmliche Interesse doch der Herausarbeitung der trennenden Begriffsmerkmale. Man war bestrebt, den Kartell- vom Konzerntatbestand sowohl der inneren Struktur als auch der Zweckrichtung nach, also sowohl nach objektiven wie nach subjektiven Gesichtspunkten, zu scheiden. Der Abgrenzung dienten mannigfaltige, wenn auch untereinander

---

58.) Auf die zergliedernde und zerstörende Wirkung einer Systematik der Unternehmenszusammenfassungen hat besonders Joss (Konzernrechtsfragen im deutschen und schweizerischen Recht, insbesondere Konzernbegriff, -systematik, -abhängigkeit und die Schranken der Konzerngewalt S.53) hingewiesen, der dann allerdings selbst ebenfalls eine Systematik bringt.

59.) vgl. die bei Lukes: Der Kartellvertrag S.66 Fußnote 15 zitierte Literatur.

60.) vgl. die Darstellung bei Scholz: Die konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung (Diss. Köln 1960) S.44ff.

61.) vgl. Haussmann: Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende.

mehr oder weniger verwandte Kriterien, von denen hier nur einige genannt seien:

Während selbst das Syndikat als die höchste Form der Kartellierung seine Mitglieder nicht zur Aufgabe ihrer wirtschaftlichen Selbständigkeit zwinge, so wurde argumentiert, sei für den Konzern die Unterstellung der Beteiligten unter eine einheitliche Leitung nach wirtschaftlich einheitlichen Gesichtspunkten charakteristisch. Der Konzern schließe die Unternehmen zu einer neuen wirtschaftlichen Einheit, einem Gesamtunternehmen[62.)], zusammen. Zwar blieben die Unternehmen rechtlich selbständig - im Unterschied zur Fusion, durch die sie zu einer rechtlichen und wirtschaftlichen Einheit verschmolzen würden -, durch ihre Unterstellung unter eine einheitliche Konzernleitung aber würden sie gezwungen, ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit einem einheitlichen Wirtschaftsplan unterzuordnen[63.)]. Der Konzern binde nicht nur, er vergemeinschafte. Demgegenüber beschränke sich das Kartell darauf, zusammenstoßende Interessen zu regulieren und zu zügeln, ohne die Gegensätzlichkeit vollständig aufzuheben[64.)]. Insbesondere der Gewinn der einzelnen Unternehmen bleibe individualisiert[65.)].

Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal findet sich bei HAUSSMANN[66.)], der die gemeinschaftliche Vermögenssphäre im Konzern für begriffswesentlich hält. Zwar könne auch ein Kartell, so führt er aus, ein eigenes Vermögen haben, das sei jedoch nur Begleiterscheinung, die Vermögensbindung

---

62.) vgl. Naegeli a.a.O.S.195

63.) Naegeli a.a.O. S.199

64.) Geiler in ZBH 1926,192

65.) von Brunn: Grundzüge des Kartellrechts S.19

66.) Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen S.84

bilde nicht den wesentlichen Zweck des Kartellvertrages[67.)68.)]. Nach HAUSSMANN[69.)] ist das Kartell auf eine Beherrschung nach innen gerichtet.

Nicht nur HAUSSMANN, auch andere Autoren rückten den Zweck, den die Beteiligten mit der Unternehmenszusammenfassung verfolgen, in den Vordergrund. Das Streben nach Marktbeherrschung oder -beeinflussung wurde als kartelltypisch herausgestellt[70.)]. Hingegen sollte der Konzern primär betriebsgerichtet, nach innen angelegt sein. Sowohl der Konzern wie das Kartell hätten letztlich, so wird ausgeführt, das Bestreben, die Rentabilität der beteiligten Unternehmen zu erhöhen, die jedoch beim Kartell in erster Linie durch eine Erhöhung der Preise, beim Konzern durch eine Senkung der Selbstkosten erreicht werden solle[71.)].

Die vorstehenden Ausführungen können keineswegs die ganze Fülle der Definitions- und Systematisierungsversuche wiedergeben[72.)]. Doch zeigen sie bereits klar das Bestreben, in Ermangelung einer Legaldefinition den Kartell- und Konzerntatbestand als verschiedene wirtschaftliche Erscheinungsformen mittels ihrer inneren Struktur und der Zweckrichtung voneinander abzugrenzen und bei der Anwendung der

---

67.) Haussmann: a.a.O.S.86

68.) Demgegenüber hält Friedländer (Kart Rdsch 1926,143 ff) die Vermögenszusammenfassung für kein glückliches Abgrenzungsmerkmal. Im Bereich der Konzerntatbestände seien, so führt er aus, Zusammenfassungen unter einheitlicher Leitung, z.B. die Interessengemeinschaften, anzutreffen, bei denen die Vermögen der Beteiligten getrennt blieben.

69.) Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende S. 98ff.

70.) RGZ 128, 1ff (Rübenzucker); Naegeli a.a.O.S.55ff; Joss a.a.O. S.30/31; von Brunn a.a.O. S.19/20

71.) Wolfers: Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur S. 12

72.) Flechtheim (zitiert bei Naegeli a.a.O.S.40) hat einmal darauf hingewiesen, nicht jeder Jurist, der sich mit dem Kartellproblem befasse, brauche es als seine Ehrenpflicht anzusehen, die reiche Schüssel der vorhandenen Begriffsbestimmungen um ein neues Gericht zu bereichern.

Bestimmungen der KartVO 1923 sich an dem so gewonnenen System zu orientieren.

3.) Schwierigkeiten ergaben sich bei der Eingliederung der hier zu behandelnden Gemeinschaftsgründungen in das zweigeteilte Schema. Man mußte erkennen, daß die Gemeinschaftsunternehmen Kriterien in sich vereinen, die als typisch entweder für das Kartell oder den Konzern herausgearbeitet worden waren. Mit ihnen wird eine neue betriebliche Einheit geschaffen, was als Charakteristikum des Konzerns herausgestellt worden war. Auf der anderen Seite bleiben die beteiligten Unternehmen wirtschaftlich selbständig und werden nicht in ihrer Gesamtheit zusammengefaßt. Es werden nicht wie im Konzern mehrere Unternehmen unter eine einheitliche Leitung gestellt, vielmehr ein einheitliches Unternehmen der Leitung mehrerer unterstellt. Insofern, kann man argumentieren, bildet das Gemeinschaftsunternehmen geradezu einen Gegensatz zum Konzern. Auch nach subjektiven Gesichtspunkten läßt es sich generell kaum in die Zweiteilung Konzern-Kartell einordnen. Mit seiner Gründung können Rationalisierungstendenzen ebenso verfolgt werden wie das Ziel einer Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung. Das Gemeinschaftsunternehmen kann in sich objektive und subjektive Elemente vereinen, die als Wesenselemente des Konzerns oder Kartells angesehen wurden. Man kann es als Brücke zwischen den Kartellen und Konzernen[73.], als Mischtypus[74.] bezeichnen.

Diese Erkenntnis hat NAEGELI[75.] dazu veranlaßt, in seiner Systematik den Konzernen und Kartellen die Zweck- und Partialgemeinschaften, zu denen er auch die Gemeinschaftsgründungen rechnet, als besondere, in sich dann weiter unterteilte Gruppe an die Seite zu stellen und aus der systematischen Scheidung die Beantwortung der Frage nach

---

73.) Joss a.a.O.S. 15

74.) Friedländer: Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa S. 15

75.) a.a.O.

der Anwendbarkeit der Bestimmungen der KartVO 1923 zu gewinnen.

Andere Autoren zählen die Gemeinschaftsunternehmen trotz ihrer Eigenart zu den Konzernen[76.] oder Kartellen[77.]. Nicht selten wird auf den Hauptinhalt oder-zweck abgestellt, der der Gesamtheit der Vereinbarungen sozusagen den Stempel aufdrücken soll[78.].

4.) All diesen Lösungsversuchen ist gemeinsam, daß sie Gestaltungsformen des Wirtschaftslebens nach generellen Merkmalen in einem System zusammenfassen und voneinander abgrenzen. Sodann wird der konkrete Einzelfall im Wege einer Art Klassifikation einem bestimmten Typus des Systems unterstellt. Da man bereits vorher festgelegt hatte, daß nur der Typus Kartell den §§ 1 - 9 der KartVO 1923 unterliege, wurde mit der Zuordnung des Vertragsganzen zu einer bestimmten Gruppe des Systems ohne näheres Eingehen auf die einzelnen recht verschiedenartigen Vereinbarungen über die Anwendung des Kartellrechts entschieden[79.]. Basis der wettbewerbs-

---

76.) so Weisbart in Ring-Schachian:Die Praxis der Aktiengesellschaften S. 5o5 und Bauer:Die rechtliche Struktur der Truste S. 22o/221; vgl. auch Joss (a.a.O.S.64); der erklärt, die Zweckgemeinschaften seien zwar an sich keine Konzerne, ihre rechtlichen Bindungen stünden aber dem Konzernrecht näher als dem Kartellrecht.

77.) Wilhelm Andreae: Beiträge zur Wettbewerbsordnung S. 38

78.) Haussmann:Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen S. 9o; von Brunn a.a.O. S. 19/2o.

79.) Wie sehr die Klassifizierung des Vertragsgebildes als entscheidend angesehen wurde, zeigt u.a. eine Entscheidung des Kartellgerichts vom 4.11.1927 (Kart Rdsch 1927,7o1). In einem Vertrag, der als Kartellvertrag eingestuft wurde, war ein Konkurrenzverbot für die Zeit der Vertragsdauer und weitere 1o Jahre enthalten. Der Vertrag war von den Beteiligten aufgehoben worden, das Wettbewerbsverbot war bestehengeblieben. Das Kartellgericht führte aus, eine Nichtigkeitserklärung nach § 4 KartVO 1923 komme nicht in Betracht, da die Erreichung des Kartellzwecks aufgegeben, der Kartellvertrag aufgehoben und damit die Kartellgemeinschaft aufgelöst sei. Dadurch habe das Wettbewerbsverbot, selbst wenn man es vorher als Kartellverpflichtung hätte ansehen können, seinen kartellrechtlichen Charakter verloren. Nicht die wettbewerbsbeschränkende Verpflichtung, sondern der Vertragstypus Kartell wird als Grundlage zur Anwendung der Kartellverordnung angesehen.

rechtlichen Prüfung war nicht der Inhalt der einzelnen, durchaus in einem Gebilde kumulativ auftretenden Vereinbarungen, sondern die Einordnung des Vertragsganzen.

Bereits zur Zeit der Geltung der KartVO 1923 ist diese Art der Prüfung angegriffen und als mit dem Gesetz nicht vereinbar bezeichnet worden. So hat das Kartellgericht in einer Entscheidung vom 2o.8.1927[8o.)] -mehrere Teererzeuger hatten zur Verarbeitung ihrer Produkte gemeinsam einen Verarbeitungsbetrieb gegründet- nicht geprüft, ob die Gesellschaft ein Kartell oder eine "konzernmäßige Verarbeitungsgemeinschaft auf genossenschaftlicher Grundlage"[81.)] sei. Die Prüfung ging vielmehr dahin, ob Verpflichtungen des in § 1 KartVO 1923 bezeichneten Inhalts getroffen worden waren. Derartige Verpflichtungen wurden in dem Verbot des Verkaufs an Dritte und der Verpflichtung, eine etwaige unstatthafte Überproduktion zu vernichten, erblickt.

Auch HAUSSMANN[82.)] anerkannte, daß Mischformen möglich seien, bei denen man nicht feststellen könne, ob es sich mehr um eine kartellmäßige oder eine konzernmäßige Form handele. Dann ließen sich Haupt- und Begleiterscheinungen nicht mehr trennen, neben dem Konzernrecht könne selbständig für die hierunter fallenden Teile das Kartellrecht zur Anwendung kommen. Das Absorptionsprinzip dergestalt, daß bei Mischformen der Hauptbestandteil der Absprache als allein maßgeblich für die Einordnung des ganzen Vertrages anzusehen sei, lehnte HAUSSMANN, der sich aber im übrigen keineswegs völlig von dem überkommenen Denken lösen konnte, ausdrücklich ab.

Den Bestimmungen des GWB wird die Methode, die Antwort auf die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit dadurch zu gewinnen, daß man das Vertragsgebilde in eine Typologie der Verbandsformen einordnet, nicht gerecht.

Der Gesetzgeber des GWB hat zwar an die von Wissenschaft und Praxis erarbeiteten Erkenntnisse anknüpfen und sie

---

8o.) Kart Rdsch 1927, 561 ff

81.) So hatte sich die Gesellschaft selbst bezeichnet.

82.) Kart Rdsch 1928, 43o.

seiner Arbeit weitgehend zugrundelegen können. Rechtstechnisch aber ist er so vorgegangen, daß er nicht bestimmte Rechtsfolgen mit dem Vorliegen bestimmter wirtschaftlicher Organisationsformen verbunden hat, deren aus der Wirtschaftspraxis mittels Abstraktion gewonnene Definitionen als Prämissen von außen an das Gesetz herangetragen werden müßten. Der Gesetzgeber hat vielmehr selbst Handlungen und Zustände umschrieben, die er für erheblich im wettbewerbsrechtlichen Sinne erklärt und mit bestimmten Rechtsfolgen verbunden hat. Entsprechend der auch sonst üblichen Gesetzestechnik hat er einzelne Tatbestände normiert und dabei an den materiellen Inhalt und die Wirkungen angeknüpft, die die erfaßten Handlungen und Zustände entfalten oder zu entfalten geeignet sind[83.]. Nicht das Organisationsgebilde Kartell, sondern Verträge, die geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, erfaßt der Gesetzgeber in § 1 GWB[84.]. Die wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen haben vom Tatbestand des § 1 GWB auszugehen.[85.]

Damit soll keineswegs die Frage entschieden werden, ob die Unterscheidung zwischen Kartellvertragen einerseits und Unternehmenszusammenschlüssen andererseits nicht auch dem GWB sozusagen als Grundprinzip zugrundeliegt, nur ist die Antwort jedenfalls nicht einer systematischen Einordnung der betreffenden Organisationsform zu entnehmen. Geprüft werden müssen die Tatbestandsmerkmale der §§ 1 und 23 GWB und ihr Verhältnis zueinander[86.].

83.) vgl. Fikentscher: Wettbewerb und gewerblicher Rechtschutz S. 51 ff

84.) vgl. Laufke in UFita 35,292

85.) vgl. u.a. Mestmäcker: Sind urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Kartelle? S.1o;
Günther in MA 1957,35ff

86.) so auch Mestmacker a.a.O.S.1o;
Würdinger in WuW 1961,745.

Zweiter Teil: Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

1. Abschnitt: Der Tatbestand des § 1 GWB.

Ausgangsbasis der Erörterungen muß § 1 GWB, die beherrschende Vorschrift des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen[87.], sein. Nur wenn dieser Tatbestand gegeben ist, kommt eine Prüfung der Ausnahmebestimmungen der §§ 2 - 8 GWB in Betracht. Dabei müssen, auch wenn dies als "juristische Filigranarbeit"[88.] erscheinen mag, die einzelnen Tatbestandsmerkmale einer genauen Prüfung unterzogen werden.

I.) Die Unternehmenseigenschaft der Gesellschafter.

Der Vertrag muß von Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen geschlossen werden. Da in dieser Arbeit nur Gemeinschaftsgründungen seitens bereits bestehender Produktionsunternehmen, genauer der Zivilrechtssubjekte, die Träger der Unternehmen sind und es betreiben[89.], behandelt werden, erscheint eine Auseinandersetzung mit dem Unternehmensbegriff des GWB an sich nicht erforderlich. Doch begründet man die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen unter den Gesellschaftern einer Handelsgesellschaft, soweit sie für die Dauer der Gesellschaft getroffen werden, vereinzelt gerade damit, daß man das Vorliegen der Unternehmenseigenschaft der Gesellschafter verneint[90.].

87.) Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht Einleitung zum GWB Anm.12.

88.) so Sölter in der Diskussion zu einem von Lanzensberger zu dem Thema: "Normungs-, Typisierungs- und Spezialisierungskartelle" in der Sitzung der Arbeitsgruppe Rationalisierung und Gesetzgebung der Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes NRW am 27.6.1962 gehaltenen Vortrag (S.58).

89.) vgl. Rittner in Betrieb 1957, 1091ff(1092).

90.) so Müller-Henneberg in GemKom 1.Auflage § 1, Anm.12 (in der 2.Auflage findet sich diese Auffassung nicht mehr);

ebenso verneint Benisch (WuW 1953, 219ff(226)) die Unternehmenseigenschaft bei "rein personalmäßigen Bindungen wie bei ..... Gesellschaften";

Aus den Ausführungen der genannten Autoren ist nicht eindeutig zu ersehen, ob sie nur für den Fall gelten sollen daß die Gesellschafter über ihre Gesellschaftsbeteiligung hinaus nicht wirtschaftlich tätig sind, also lediglich klarstellen sollen, allein die Beteiligung an einer Handelsgesellschaft begründe, wenn sich die Gesellschafter sonst nicht wirtschaftlich betätigen, noch nicht deren Unternehmenseigenschaft. Dieser Fall liegt hier nicht vor und bedarf keiner weiteren Erörterung.

Möglicherweise sind die obigen Darlegungen aber darüber hinaus dahin zu verstehen, daß die Gesellschafter, auch wenn sie außerdem noch Träger eines anderen Unternehmens sind, im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen nicht als Unternehmen anzusehen seien. Diese Ansicht wäre nur dann haltbar, wenn sich die Unternehmerstellung, die den Gesellschaftern außerhalb der Gesellschaft sicherlich zukommt und die sie durch die Teilnahme an einer Gemeinschaftsgründung nicht verlieren, von ihrer Stellung als Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens trennen ließe. Eine solche Trennung ist allenfalls möglich, wenn die Gesellschafter in einer ganz anderen Branche als das Gemeinschaftsunternehmen tätig sind. Dann könnte man vielleicht zwischen der Position als Gesellschafter und der als Träger eines eigenen Unternehmens unterscheiden. Wenn die Produktionsbereiche der Gründerunternehmen und des Gemeinschaftsunternehmens sich jedoch ganz oder teilweise überschneiden oder wenn die Gründer ohne die Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen selbständig auf dessen Produktionssektor tätig sein würden, treffen etwaige Wettbewerbsbeschränkungen die Beteiligten nicht nur als Gesellschafter, sondern gleichzeitig als Träger eigener Unternehmen. Es läßt sich in diesen Fällen, und gerade sie sind von wettbewerbsrechtlichem Interesse, nicht entscheiden, ob Vereinbarungen in der Ei-

---

90.) vgl. ferner Fikentscher in Festschrift für Hueck S.555(Fußnote 4o) und Lanzensberger in GRUR 1958;593 ff; a.A. ausdrücklich allerdings ohne nähere Begründung:Knur in DNotZ 1963,644/645; Rinck:Wirtschaftsrecht Anm. 609.

genschaft als Gesellschafter, als "rein personalmäßige Bindungen"[91.], oder in der Eigenschaft als Träger eines eigenständigen Unternehmens getroffen werden. Sie werden vielmehr in "doppelter Eigenschaft" geschlossen. MAGEN[92.] spricht von einem Dualismus in der Person der Gesellschafter, die in einer Person zwei mögliche Unternehmen i.S. des GWB seien, die sich tatsächlich nicht trennen ließen.

Weder der Wortlaut des § 1 GWB noch irgendwelche andere Anhaltspunkte sprechen dafür, die Unternehmenseigenschaft müsse eng begrenzt gesehen werden und Probleme, die im Inhalt oder den Wirkungen wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen liegen, seien bereits anhand des Tatbestandsmerkmals der Unternehmenseigenschaft der Partner zu entscheiden. Der Begriff der Unternehmenseigenschaft soll nur die Abgrenzung gegenüber Verträgen der privaten Sphäre ermöglichen[93.] und ist nicht eng auszulegen[94.]. Da die Begründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch mehrere bestehende Unternehmen keine Vereinbarung zwischen Privatpersonen ist, bedarf sie weiterer Überprüfung.

MÜLLER-HENNEBERG[95.] verneint insbesondere das Vorliegen selbständiger Unternehmen. Damit kann nur die wirtschaftliche Selbständigkeit gemeint sein, die durch die Beteiligung an einem Gemeinschaftsunternehmen im Regelfall nicht berührt wird. Lediglich bei der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen durch mehrere demselben Konzern angehörige Unternehmen[96.] kann, weil Konzernunternehmen nicht wirtschaftlich selbständig sind, die Frage Bedeutung erlangen, ob die wirtschaftliche Selbständigkeit zum

---

91.) so Benisch a.a.O.

92.) NJW 1961,149

93.) vgl. Müller-Henneberg in GemKom § 1,Anm.3

94.) BGH in WuW E/BGH 359 ff (Gasglühkörper);vgl.ferner Lukes a.a.O.S.77, der eine gesonderte Prüfung der Unternehmenseigenschaft sogar für gänzlich überflüssig hält.

95.) GemKom 1.Auflage § 1,Anm.12.

96.) vgl. S.22 der Arbeit

Unternehmensbegriff des § 1 GWB gehört[97.]. Dem soll nicht weiter nachgegangen werden, da sonst ein Eingehen auf die diffizile Problematik der konzerninternen Wettbewerbsbeschränkung erforderlich wäre, wozu hier kein Raum ist.

II.) Der Begriff der Marktbeeinflussung.

1.) Der zu beurteilende Vertrag muß geeignet sein, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Die Wettbewerbsbeschränkung und die Marktbeeinflussung[98.] sind nicht etwa synonyme Bezeichnungen ein und desselben Kriteriums, müssen vielmehr kumulativ nebeneinander gegeben sein. Sie stehen in einem Kausalitätsverhältnis zueinander, was der Gesetzgeber mit dem Verhältniswort "durch" zum Ausdruck gebracht hat[99.]. Die Marktbeeinflussung ist eine über die Beteiligten hinausgehende Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung, die als Außen- oder Drittwirkung[100.] treffend charakterisiert wird[101.]. Teilweise werden die beiden Begriffe allerdings nicht scharf voneinander getrennt. So fassen BORCHARDT-FIKENTSCHER[102.] sie unter dem Oberbegriff der Wettbewerbsbeschränkung, den sie in eine formelle und materielle unterteilen, zusammen.

97.) so Neumann in WuW 1957,562ff (564); Magen in NJW 1961, 149;
a.A. die h.M. u.a. Fikentscher in seiner Anmerkung zum Gasglühkörperurteil des BGH WuW E/BGH 365;Scholz a.a.O. S. 67; Rittner in Betrieb 1957,1094

98.) Der Begriff Marktbeeinflussung sei hier sowohl für die Beeinflussung der Erzeugung als auch der Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen gebraucht. Ein näheres Eingehen auf die Berechtigung dieser Gleichstellung erfolgt weiter unten (vgl.S.43)

99.) vgl. Müller-Henneberg in WuW 1963,890;
Brugger in WuW 1959,481

100.) vgl. Lukes a.a.O. S. 135ff; Müller-Henneberg in GemKom § 1,Anm. 52;Meyer-Cording a.a.O.S. 470

101.) Lukes (a.a.O.S.136) weist allerdings mit Recht darauf hin, daß dem Vertrag die marktbeeinflussende Wirkung nicht unmittelbar zukommt. Der Vertrag kann Wirkungen auf die Außenwelt nur mittelbar über ein ihm gemäßes Verhalten der Beteiligten hervorrufen.

102.) Wettbewerb,Wettbewerbsbeschränkung,Marktbeherrschung.

Auch der BGH[103.] spricht in seinem Gasglühkörperurteil einmal von einer Eignung zur Marktbeeinflussung und an anderer Stelle von einer Eignung zur Wettbewerbsbeeinflussung. In seinen späteren Entscheidungen prüft er die beiden Tatbestandsmerkmale jeweils getrennt für sich.

Es erscheint angebracht, zunächst die Eignung zur Marktbeeinflussung zu behandeln und erst später auf die Wettbewerbsbeschrankung näher einzugehen. Dafür sprechen Gründe der besseren Darstellung[104.].

2.) Zum Begriff der Marktbeeinflussung hat sich noch keine einheitliche Meinung gebildet. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, würden die vielfältigen hierzu vertretenen Auffassungen in ihren oft nur geringen Divergenzen im einzelnen dargestellt, dies umso mehr, als die Äußerungen der Literatur, des BGH und des Bundeskartellamts in sich vielerlei Widersprüche und Unklarheiten aufweisen. Andererseits darf die Bedeutung der Umgrenzung des schwer faßbaren Begriffs für das gestellte Thema nicht unterschätzt werden. Einmal ist die Wirkung eines Vertrages für dessen wettbewerbsrechtliche Beurteilung generell von erheblicher Bedeutung, zum anderen fehlt es nicht an Versuchen, gerade anhand dieses Tatbestandselementes die Gemeinschaftsunternehmen als "selektive Leistungsgemeinschaften"[105.] von den "totalen, traditionellen Kartellen" zu scheiden[106].

Die Marktbeeinflussung ist nicht als eine Einwirkung auf einen bestimmten Markt als Institution, als anonymen volkswirtschaftlichen Prozeß[107.] aufzufassen. An den Markt als wirtschaftswissenschaftliches Denkmodell, als abstrakt-komplexes Gebilde der geistigen Vorstellungswelt ist nicht anzuknüpfen[108.]. Dagegen sprechen einmal der Wort-

---

103.) WuW E/BGH 359ff

104.) Diese Reihenfolge der Prüfung findet sich u.a. auch im Schreiben des Vorsitzenden der 4.Beschlußabteilung des Bundeskartellamts vom 15.7.1963 (Gema) in BetrBer 1963, 917, bei Lutz in NJW 1960,1833 und bei Günther in MA 1957,35ff.

105.) vgl. zu dem Begriff: Monatsblätter für freiheitliche Wirtschaftspolitik 1963,298

laut des Gesetzes und zum anderen Gründe der Praktikabilität. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß unter den "Marktverhältnissen" nicht die einzelnen konkreten Marktfaktoren, sondern der Markt als Institution zu verstehen wäre. Wird der Eintritt von Rechtsfolgen mit dem Vorliegen abstrakt-komplexer Merkmale verbunden, so erschwert das die Rechtsanwendung und führt zu einer nicht unbeträchtlichen Rechtsunsicherheit. Abzustellen ist auf die Veränderung einzelner Marktkomponenten.

Hier sei gleich das Verhältnis der Beeinflussung der Erzeugung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen berührt. Der Gesetzgeber hat die beiden Begriffe gleichgewichtig nebeneinander gestellt. Daraus darf nicht geschlossen werden, Erzeugung und Marktverhältnisse ständen sich einander ausschließend gegenüber. Auch die Produktionsfaktoren gehören in den größeren Bereich der Marktverhältnisse, müssen, um im Rahmen des § 1 GWB von Belang zu werden, markterheblich sein[109.]. Der Begriff Marktbeeinflussung umfaßt als Oberbegriff sowohl die Erzeugungs- wie die Absatzbeeinflussung, die die beiden Arten der Marktregelung darstellen. Für die Gemeinschaftsgründungen ist dies insofern von Bedeutung, als man sie nicht mit dem Hinweis darauf, Kartelle nähmen Marktaufgaben, Gemeinschaftsunternehmen Produktionsaufgaben wahr, dem Anwendungsbereich des § 1 GWB entziehen kann. Produktionsregelungen fallen, sofern sie eine Marktbeeinflussung hervorrufen können, gleichermaßen unter § 1 GWB wie Absatzregelungen.

Verlangt man keine Beeinflussung des Marktes als Institution, sondern nur einzelner Marktkomponenten, so bleibt die Frage, ob die Veränderung jedes, auch des gering-

---

106.) vgl. Fikentscher in WuW E/BGH 368;Meyer-Cording in WuW 1962,461 ff(472); Kartte in WuW 1963,565 ff (577)

107.) so Benisch in WuW 1961, 764

108.) vgl. Lukes a.a.O.S. 165

109.) vgl. Lukes a.a.O. S. 115

sten Marktfaktors genügt[110.], ohne daß es auf die Wirkung auf die Marktgegenseite oder außenstehende Konkurrenten der Vertragspartner ankäme. Vertritt man einen solchen Standpunkt, so wird nicht recht klar, warum der Gesetzgeber überhaupt die Marktbeeinflussung neben der Wettbewerbsbeschränkung erwähnt hat, wenn dem Begriff letztlich keinerlei Bedeutung beigemessen wird.

Das Charakteristikum der Wirkung, die wettbewerbsbeschränkende Verträge herbeizuführen geeignet sein müssen, ist die Beeinflussung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten außenstehender Dritter, sei es der Marktgegenseite, sei es von Außenseitern der Vertragspartner. Von dort können sie sich mit abnehmender, gleichbleibender oder verstärkender Wirkung, je nach Lage des Einzelfalles, auf die weiteren Wirtschaftsstufen bis hin zum Endverbraucher fortpflanzen. Die Erfolgschancen Dritter müssen durch den Vertrag eingeschränkt werden. Insbesondere LUKES[111.] hat die Einwirkung auf die Rechtsbereiche unbeteiligter Dritter klar hervorgehoben und eingehend untersucht. Auf seine Ausführungen und die zahlreicher anderer Autoren[112.] sei hier verwiesen[113.].

3.) Weitgehend strittig ist, welche Intensität die Beeinflussung der Betätigungsmöglichkeiten Dritter aufweisen muß. Einig ist man sich darin, daß eine "wesentliche"

110.) so Benkendorff in WRP 1962,146ff;Schmitz in NJW 1961, 2089ff; Rinck:Wirtschaftsrecht Anm. 632

111.) a.a.O.S. 115 ff

112.) vgl. u.a. Brugger in WuW 1959,481ff; Meyer-Cording in WuW 1962,471 ff

113.) Der BGH stellt in seinem Urteil v. 14.1.1960 (WuW E/BGH 369(Kohlenplatzhandel)) ebenfalls darauf ab,daß die Verbraucher ohne Schwierigkeiten ihren Bedarf bei anderen Händlern decken könnten. In seinem zweieinhalb Jahre später erlassenen Urteil vom 7.6.1962 (GRUR 1963, 46ff)(Spar) verlangt der BGH eine nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung auf das Verhalten der Marktbeteiligten. Dabei können mit den Marktbeteiligten nur Außenstehende gemeint sein, da schlecht von einer Einwirkung auf das eigene Verhalten der Vertragspartner gesprochen werden kann.

Marktbeeinflussung nicht vorzuliegen braucht[114.]. Das Spektrum der verbleibenden Möglichkeiten des Intensitätsgrades reicht von einer nicht nur theoretischen, sondern spürbaren Einwirkung[115.], über eine fühlbare Beeinträchtigung der Auswahlmöglichkeiten[116.] bis hin zu der Auffassung, die Marktgegenseite dürfe nicht in der Lage sein, Geschäfte mit anderem Inhalt ohne unverhältnismäßige Schwierigkeiten[117.], ohne materielle Nachteile oder unzumutbare Unbequemlichkeiten abzuschließen.

Es ist hier nicht der Ort, eingehend zu untersuchen, welche Intensitätsstufe der Marktbeeinflussung gegeben sein muß. Das würde weit über den Bereich der Gemeinschaftsgründungen hinausgehende Erorterungen verlangen. Bedenkt man, daß § 1 GWB als eine umfassende Norm wie ein engmaschiges Netz zunächst einmal gewichtige und weniger gewichtige Verträge und Beschlüsse einfangen soll, die dann je nach Lage des Einzelfalles im Erlaubnisverfahren der §§ 2-8 GWB wieder freigegeben werden können, so spricht vieles dafür, das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung nicht eng zu umgrenzen und mit dem BGH jede nicht nur theoretische, sondern spürbare Einwirkung genügen zu lassen. Das beläßt die Möglichkeit, ausgesprochene Bagatellfälle nicht zu erfassen, auf der anderen Seite aber doch keine mehr oder weniger umfassenden "totalen" Kartelle zu verlangen, sondern ebenso "selektive Leistungsgemeinschaften", wie sie die Gemeinschaftsgründungen darstellen, dem § 1 GWB zu unterwerfen. Das Kriterium der Marktbeeinflussung erscheint kaum geeignet, Gemeinschaftsgründungen durch jeweils wenige Unterneh-

---

114.) BKartA WuW E/BKartA 145 ff(Doppelstecker); Meyer-Cording a.a.O.S. 471;Schmitz a.a.O.S. 2o89;Benkendorff in WRP 1962,146;Haberkorn in GRUR 196o,367; Frey in WuW 1962,17;Fikentscher in WuW E/BGH 368.

115.) BGH in GRUR 1963,46 (Spar);BKartA WuW E/BKartA 723; Fikentscher in WuW 61,788 ff(799)

116.) FrankfKom § 1,TZ 48;Meyer-Cording a.a.O.S.472

117.) Lukes a.a.O.S. 3oo

men wegen der im Vergleich zu umfassenden Kartellverträgen geringeren Auswirkung auf die sich der Marktgegenseite bietenden Alternativen dem Anwendungsbereich des § 1 GWB zu entziehen[118.]. Im einzelnen kommt es auf die Umstände des konkreten Falles an.

III.) Untersuchung der Wirkungen, die durch die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen hervorgerufen werden können, auf Marktbeeinflussungen hin.

Nachdem generell festgestellt worden ist, daß unter einer Beeinflussung der Marktverhältnisse eine spürbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten Außenstehender, eine Beschneidung der ihnen offenstehenden Alternativen, zu verstehen ist, gilt es im folgenden aufzuzeigen, inwieweit eine solche Beeinflussung als Folge der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen auftreten kann. Dabei soll auf die Aufgliederung der theoretisch möglichen Varianten, die auf den Seiten 2o - 3o der Arbeit gebracht wurde, und die dort festgestellten denkbaren Auswirkungen zurückgegriffen werden.

1.)a.) Wir haben als erste denkbare Möglichkeit festgestellt[119.], daß die Vertragspartner in ihren Unternehmen die bereits bisher von ihnen fabrizierten Produkte, die nunmehr zum Produktionsprogramm der Gemeinschaftsanlage gehören, weiter in unbegrenztem Umfang herstellen und wie bisher vertreiben, während auf der anderen Seite auch das Gemeinschaftsunternehmen in seiner Produktion und seinem Absatz nicht eingeengt wird.

Die Gemeinschaftsproduktion tritt neben die fortlaufende in den selbständigen Fertigungsstätten der Beteiligten. Den Marktgegnern tritt ein neuer Anbieter oder Abnehmer gegenüber. Die Eröffnung dieser neuen Marktalternative, die zu den bisherigen weiter unbegrenzt gegebenen hinzukommt, verändert zwar, wenn man so will, die Marktverhältnisse, indem die Auswahlmöglichkeiten Dritter vermehrt

---

118.) so auch Lieberknecht und Gnauk in Betrieb 1963,1o67, 1o71

119.) Ziffer 1a Seite 23 der Arbeit.

werden, § 1 GWB aber erfaßt nur die Positionsverschlechterung Dritter[12o.]. Wenn das im Gesetz nicht expressis verbis zum Ausdruck kommt, so ist doch kein Grund ersichtlich, eine positive Einwirkung auf die Alternativen Dritter für unwirksam zu erklären und mit Strafe zu belegen[121.]. Eine Marktbeeinflussung i.S. des § 1 GWB liegt in diesen Fällen nicht vor.

b.)aa.) Die Errichtung der gemeinsamen Produktionsanlage kann nun aber und wird in der Praxis häufig dazu führen, daß die Gründer ihre eigenen Anlagen schließen, im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens nicht mehr getrennt auftreten[122.]. Auf diese Weise verringern sich die Alternativen der Marktgegenseite. Während die Kunden bisher zwischen den mehreren Unternehmen der Vertragspartner wählen konnten, steht ihnen in Zukunft nur noch, außer anderen Mitkonkurrenten, das Gemeinschaftsunternehmen als Marktpartner zur Verfügung.

Nun kann es zwar sein, daß die neue Anlage mehr und billiger produziert als die nicht mehr auf dem neuesten Stande der Technik befindlichen früheren Fertigungsstätten. Werden solche Vorteile an die Abnehmer weitergegeben, so kann die Verringerung der Auswahlmöglichkeiten ihnen im Endeffekt mehr Vorteile als Nachteile bringen, sich also für

---

12o.) vgl. Lukes a.a.O.S. 299ff;Brugger a.a.O.S. 483; Müller-Henneberg in WuW 1963,894ff, der das Problem bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung behandelt.

121.) Anderer Ansicht ist wohl das Bundeskartellamt,wenn in dem Schreiben des Vorsitzenden der 4.Beschlußkammer vom 15.7.1963(BetrBer 1963,916) betr.urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften ausgeführt wird:"Die Verwertungsgesellschaften vermehren das Angebot von Urheberrechten und Interpretenleistungen zur Auswertung erheblich und bewirken so, daß die Marktverhältnisse für den Verkehr mit diesen gewerblichen Leistungen beeinflußt werden. Ihre Eignung im Sinne des § 1 GWB steht daher außer Frage." Eine Wettbewerbsbeschränkung wird dann allerdings vom BKartA verneint.

122.) Ziffer 1b.)aa.) Seite 23 der Arbeit.

sie positiv auswirken. Diese Erwägungen sind im Rahmen des § 1 GWB jedoch ohne Belang. Eine dahingehende Wertung hat nicht im Rahmen des § 1 zu erfolgen und ist im Erlaubnisverfahren nach § 5 vorzunehmen.

Geben die Beteiligten ihre eigene Produktion bereits vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auf, so verringern sich ebenfalls die Ausweichmöglichkeiten Dritter. Doch erscheint zweifelhaft, ob dies als Auswirkung der Gemeinschaftsgründung betrachtet werden kann, da die Produktionseinstellung zeitlich vorangeht.

Meines Erachtens wird man unterscheiden müssen, ob die Produktionseinstellung im Hinblick auf die nahe bevorstehende Gemeinschaftsproduktion erfolgt oder aber nicht damit in Zusammenhang steht. Besteht kein solcher Zusammenhang, kann man die Gemeinschaftsgründung nicht als Ursache für die Marktbeeinflussung ansehen. Nehmen die Beteiligten die Stillegung ihrer Betriebe jedoch im Hinblick auf die beabsichtigte Gründung eines gemeinsamen Unternehmens bereits vorher vor, so muß man sie als eine Art vorweggenommene Auswirkung der Gemeinschaftsgründung betrachten und wie der Gründung nachfolgende Wirkungen behandeln. Andernfalls könnte § 1 GWB leicht ausgeschaltet werden.

Praktisch werden solche Fälle selten vorkommen. In der Regel werden eigene Produktionsstätten erst dann aufgegeben, wenn die gemeinsamen Anlagen fertig sind und die Gemeinschaftsproduktion angelaufen ist. Andernfalls würden während der Zwischenzeit die Gründer nicht am Markt vertreten sein und ihre Abnehmer sich dritten Produzenten zuwenden können.

Gibt nur einer der Beteiligten seine eigene Produktion auf, dann bleibt die Zahl der Marktpartner an sich unverändert. Ein Gründer tritt ab, das Gemeinschaftsunternehmen kommt neu auf den Markt. Man könnte argumentieren, die Marktalternativen hätten sich im Ergebnis nicht verringert. Eine solche "Aufrechnung" vorzunehmen, geht aber nicht an. Die bereits bestehenden Marktalternativen werden verringert, wenn auch nur einer der Gründer vom Markt abtritt. Daß gleichzeitig ein neues Unternehmen geschaffen wird, kann

nicht als Kompensation dienen, zumal dieses neue Unternehmen von seinen Gründern abhängig ist. Auch dieser Fall kann im folgenden vernachlässigt werden, da er ebenfalls mehr theoretisches als praktisches Interesse hat. § 1 GWB verlangt nur die Eignung zur Marktbeeinflussung, nicht deren tatsächlichen Eintritt. Die Gemeinschaftsgründung aber wird, wenn die Gründer der gleichen Branche angehören, geeignet sein, die Aufgabe der selbständigen Produktion nicht nur durch einen von ihnen, sondern durch mehrere zu bewirken.

bb.) Als weitere denkbare Möglichkeit wurde oben[123.] das Fortlaufen der selbständigen Produktion der Vertragspartner bei gleichzeitiger Begrenzung des Produktionsumfangs erwähnt. In diesem Falle bleiben den Marktgegnern die bisherigen Anbieter oder Abnehmer erhalten, ja es kommt sogar das Gemeinschaftsunternehmen als zusätzliche Marktalternative hinzu. Und doch tritt auch hier eine Marktbeeinflussung auf. Verringert wird zwar nicht die Zahl der Anbieter oder Abnehmer, wohl aber der Umfang der in Wettbewerb miteinander angebotenen oder nachgefragten Erzeugnisse. Hinsichtlich des Teils der Produktion, der die den getrennten Produktionsstätten belassenen Kontingente übersteigt, sieht sich die Marktgegenseite nunmehr einem Marktpartner gegenüber.

cc.) Ebenso liegt in einer Begrenzung der Absatzgebiete oder der Abnehmergruppen[124.], mit denen die bisherigen Unternehmen der Vertragspartner weiter kontrahieren können, eine Marktbeeinflussung. Kunden aus anderen als den den getrennten fortlaufenden Betrieben zugewiesenen Absatzgebieten sind nicht mehr in der Lage, unter den Unternehmen der Vertragspartner auszuwählen. Ihnen steht, neben dritten Anbietern, nur noch das Gemeinschaftsunternehmen gegenüber.

dd.) Schließlich können sich die weiterproduzierenden Unternehmen der Vertragspartner in ihren Preisen und Konditionen nach denen des Gemeinschaftsunternehmens richten, sogar bewußt koordiniert auftreten[125.]. Auch diese Angleichung

123.) Ziffer 1.b.)bb.) Seite 23 der Arbeit.
124.)Ziffer 1.b.) cc.) Seite 23 der Arbeit.
125.)Ziffer 1.b.) dd.) Seite 23 der Arbeit.

der Preise und Konditionen unter der Führerschaft des Gemeinschaftsunternehmens beeinträchtigt die Chancen der Marktgegenseite,die sich einem völlig oder weitgehend einheitlichen Angebot der Gruppe gegenübersieht.

Hier stellt sich die Frage,ob man die Begrenzung des Umfangs der Produktion oder der Absatzbereiche und die einheitliche Gestaltung der Preise und Konditionen noch als eine von der Gemeinschaftsgründung ausgehende Marktbeeinflussung ansehen kann oder ob darin bereits neue selbständige Beeinflussungsvorgänge zu erblicken sind.

Die erwähnten Positionsverschlechterungen der Marktgegenseite werden ohne Frage durch die Aufnahme der Gemeinschaftsproduktion veranlasst.Allerdings handelt es sich nicht um "unmittelbare" Marktbeeinflussungen,sondern um solche,die erst im weiteren Verlauf einer Wirkungskette auftreten und ein über die Gemeinschaftsproduktion hinausgehendes Verhalten der Beteiligten voraussetzen,von dem die Markteinflüsse unmittelbar ausgehen.

§1 GWB macht,wenn dort die Eignung,die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen zu beeinflussen,als Tatbestandsmerkmal verlangt wird,keinen Unterschied zwischen einer "unmittelbaren" und einer nur "mittelbaren",als Folgeerscheinung auftretenden Marktbeeinflussung.Die Wirkungen wettbewerbsbeschränkender Verträge werden durch den weiten Begriff der Eignung zur Marktbeeinflussung in ihrer ganzen Vielfalt ohne weitere Differenzierung erfasst.Die notwendige Einengung des Tatbestandes kann nur durch die anderen Tatbestandsmerkmale vorgenommen werden.Dazu wird weiter unten[126.] noch eingehend Stellung zu nehmen sein.

c.) Sind im Vorhergehenden Beschränkungen der Unternehmen der Vertragspartner untersucht worden,so wollen wir uns nunmehr den Begrenzungen des Aktionsradius des Gemeinschaftsunternehmens selbst zuwenden[127.].Es steht ausser

---

126.) vgl.Seite 68ff der Arbeit.

127.) Ziffer 1.c.) Seite 24 der Arbeit.

Frage, daß eine Hemmung der freien Entwicklung der Gemeinschaftsproduktion den Kunden geringere Möglichkeiten, mit ihr in Geschäftskontakt zu treten, eröffnet, als ihnen bei ihrer völlig freien Entfaltung offenstünden. Doch werden dadurch keine bestehenden Marktalternativen beschnitten, vielmehr wird eine neue zusätzlich zu den bereits vorhandenen, wenn auch begrenzt auf den Gegenstand des Unternehmens eröffnet. Gründen die Beteiligten ein neues Unternehmen, wozu sie nicht gezwungen werden können, muß es ihnen freistehen, festzulegen, wieweit das neue Unternehmen seinen Tätigkeitsbereich ausdehnen soll. Es kann nicht erwartet werden, daß das Unternehmen sich frei und unabhängig von seinen Gesellschaftern oder gar gegen deren Willen entwickelt. Die Limitierung des Aktionsradius kann nicht getrennt von der Tatsache gesehen werden, daß zunächst einmal ein neuer Marktpartner geschaffen wird, dessen Träger die Beteiligten sind. Seine Tätigkeitsbegrenzung ist keine Marktbeeinflussung i.S. des § 1 GWB, sondern ergibt sich aus den gesellschaftsrechtlichen Befugnissen der Beteiligten, das Unternehmen zu lenken und sein Tätigwerden zu leiten[128.]. Jedenfalls aber liegt keine kollektive Wettbewerbsbeschränkung, wie sich noch zeigen wird, vor.

2.)a.) Umfaßt das Produktionsprogramm des Gemeinschaftsunternehmens nur Sektoren, auf denen seine Gründer bisher nicht tätig waren, jedoch sonst tätig geworden wären, kann die Gemeinschaftsproduktion, wie oben[129.]) festgestellt wurde, für die Beteiligten Veranlassung sein, eine getrennte Produktion gar nicht erst aufzunehmen.

Im Gegensatz zu dem Wegfall aktueller, bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegebener Marktalternativen, der bei der Aufgabe bestehender Produktionsanlagen eintritt, werden hier Alternativen beeinflußt, die sich erst in Zukunft aktualisiert hätten, nun aber abgeschnitten

---

128.) vgl. Müller-Henneberg in GemKom § 1,Anm.44; BMWi in der "Kooperationsfibel" S.34/35; Sänder in WuW 1959, 499ff (509/510) für die Patentgemeinschaft.

129.) Ziffer 2.a.)bb.) Seite 27 der Arbeit.

sind. Der Marktgegenseite wird die Chance[130.] genommen, sich in Zukunft mehreren voneinander unabhängigen Angeboten der einzelnen Gründer gegenüberzusehen. Diese beginnen gar nicht erst mit einer getrennten Produktion, sondern treten von Anfang an nur gemeinsam auf den Markt. Würde man derartige Maßnahmen nicht als Marktbeeinflussung i.S. des § 1 GWB ansehen, so könnten Marktentwicklungen gehemmt oder in andere den Kunden weniger günstige Bahnen gelenkt werden. Für den Kunden aber ist die zukünftige Marktentwicklung ebenso von Bedeutung wie die bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gegebene Marktsituation. Die Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen muß bereits im Frühstadium ansetzen und darf nicht bei der Beurteilung der gegenwartig aktuellen Gegebenheiten stehenbleiben, ohne den Blick in die Zukunft zu lenken, die morgen bereits aktuelle Gegenwart sein kann. Mit Recht läßt die absolut herrschende Meinung[131.] daher die Beschränkung künftiger Marktalternativen genügen.

b.) Hätten die Beteiligten ohnehin keine voneinander getrennten Produktionsanlagen errichtet[132.], so liegt eine Beeinträchtigung zukünftiger Alternativen Dritter nicht vor.

Abstrakt-theoretisch ist diese Lösung, die darauf abstellt, wie die Vertragspartner sich ohne die Gemeinschaftsgründung verhalten hätten, klar und eindeutig.

Das Bundeskartellamt versucht, mit ihr auch in der Praxis zu brauchbaren Ergebnissen zu gelangen. Es stellt

---

130.) Dieser Ausdruck ist nicht als Anwartschaft im Rechtssinne, sondern wertneutral zu verstehen.

131.) BGH in WuW E/BGH 359ff(Gasglühkörper;)
Bundeskartellamt in WuW E/BKartA 516ff (519/52o) (Langfräsmaschinen) und in WuW E/BKartA 629 (Armaturen); FrankfKom § 1 TZ 23; Baumbach-Hefermehl § 1, Anm. 35; Behrens in NJW 1958,481ff (485); Meyer-Cording in WuW 1962,461ff (465); Fikentscher in WuW 1961,788ff (791);

a.A. Strickrodt:Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen S.32ff.

132.) Ziffer 2.)b.) Seite 27 der Arbeit.

darauf ab, ob die Beteiligten "nach ihrer Größe und ihren Mitteln wirtschaftlich - sei es auch unter finanziellen Opfern und wahrscheinlichen Beschränkungen in anderen Produktionsbereichen - in der Lage sind, selbständig und ohne Zusammenschluß den Markt zu beschicken."[133.] In seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1962[134.] erklärt des Bundeskartellamt von der gleichen Basis ausgehend, es habe keine Bedenken gegen eine Konkurrenzklausel im Gesellschaftsvertrag einer Großhandel betreibenden KG gehabt, die den als Einzelhändlern tätigen Kommanditisten untersage, sich an gleichen oder ähnlichen Unternehmen zu beteiligen. Man könne nicht jedes Unternehmen als potentiellen Wettbewerber für jede andere Wirtschaftsstufe und Branche ansehen. Vielmehr werde nur ein starkes Unternehmen, das seine Tätigkeit auf einen anderen Markt ausdehnen oder verlagern könne, als potentieller Wettbewerber für diesen Markt gelten können[135.]

Entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes erscheint mir die Differenzierung je nachdem, ob die Beteiligten objektiv in der Lage und subjektiv bereit gewesen wären, auch allein den Markt zu beschicken, zwar als in der Ausgangsbasis richtig - deshalb wurde sie auch den bisherigen Ausführungen zugrundegelegt - jedoch einer Korrektur hinsichtlich der Fälle bedürftig, in denen sich eindeutige Aussagen über die Investitionsmöglichkeit und -bereitschaft, wie sie ohne die Gemeinschaftsgründung gegeben oder nicht gegeben wären, nicht machen lassen.

Ob die Beteiligten nach ihren Mitteln und ihrer Größe technisch und wirtschaftlich in der Lage gewesen

---

133.) WuW E/BKartA 629ff (631); ähnlich WuW E/BKartA 519

134.) Bundestagsdrucksache IV/122o S. 52.

135.) vgl. auch den Tätigkeitsbericht für das Jahr 1963 (Bundestagsdrucksache IV/237o S.35), wo darauf abgestellt wird, daß "die bisherige Entwicklung der Gesellschafterbetriebe und das Fehlen ausreichender Mittel für eine Betriebserweiterung die Vermutung potentiellen Wettbewerbs untereinander ausschließt."

wären, selbständig und ohne Zusammenschluß den Markt zu beschicken, läßt sich in einer Vielzahl von Fällen von einem außenstehenden Dritten nicht eindeutig entscheiden. Die Entscheidung erfordert eine Beurteilung derzeitiger und zukünftiger Investitionsmöglichkeiten, für die eindeutige Beurteilungsmaßstäbe fehlen. Man müßte im einzelnen feststellen, zu welchen finanziellen Opfern und Beschränkungen anderer Investitionspläne die beteiligten Unternehmen in der Lage gewesen wären[136.]. Sicherlich gibt es zahlreiche Fälle, in denen diese Feststellung klar getroffen werden kann. Oft jedoch hängt sie letztlich von dem subjektiven Urteil des Einzelnen über die notwendige Kapitalausstattung, Reservebildung und Sicherstellung des Absatzes, die Zurückstellung anderer Investitionen und die Aufnahme von Fremdmitteln ab[137.]. Die unternehmerische Investitionsbereitschaft des Einzelnen müßte in die Prüfung miteinbezogen werden, wollte man sicher feststellen, ob eine Investition zustandegekommen wäre. Das subjektive Moment der Investitionsbereitschaft, die sich zudem noch jederzeit ändern kann, aber ist noch schwieriger zu erfassen als die objektive Investitionsmöglichkeit. Den Kartellbehörden bliebe, da sie die Voraussetzung des § 1 GWB von Amts wegen feststellen müssen, andernfalls sie nicht einschreiten können[138.], nichts anderes übrig, als in Zweifelsfällen § 1 GWB nicht anzuwenden.

Damit bliebe der weite Bereich der Beeinflussung solcher Marktalternativen, die sich lediglich möglicherweise aktualisiert hätten, unerfaßt. Der Schutz, den § 1 GWB der Marktgegenseite gewähren würde, wäre recht lückenhaft.

Um Marktbeeinflussungen jedoch möglichst umfassend und in einem möglichst frühen Stadium präventiv zu verhindern[139.], begnügt sich § 1 GWB mit der Eignung des Vertra-

136.) vgl. Seite 26 der Arbeit.

137.) vgl. Seite 26 der Arbeit.

138.) Deringer in GemKom § 5 Anm.129; Junge in GemKom § 54 Anm. 1 und Zweigert in GemKom § 69 Anm. 1

139.) Baumbach-Hefermehl § 1 Anm. 45.

ges, d.h. des vertragsgemäßen Verhaltens der Beteiligten, eine marktbeeinflussende Wirkung auszustrahlen. Es genügt, daß möglicherweise[140.] Marktalternativen ungünstig beeinflußt werden[141.]. Der tatsächliche Eintritt der Marktbeeinflussung braucht nicht abgewartet zu werden. Damit aber werden auch die Verträge erfaßt, durch die Marktalternativen abgeschnitten werden, die sich nur möglicherweise in Zukunft aktualisiert hätten.

Ähnlich äußert sich der Frankfurter Kommentar[142.], der die Möglichkeit eines künftigen Wettbewerbs genügen läßt, sofern sie nur ernsthaft in Rechnung gestellt werden muß. FIKENTSCHER[143.] begnügt sich ebenfalls damit, daß der "Mitbewerber bestrebt ist, mitzumachen, und dies bei freien Wettbewerbsverhältnissen technisch und ökonomisch möglicherweise auch könnte". Er verlangt eine Beurteilung des"wirtschaftlich und technisch Wahrscheinlichen". Man wird FIKENTSCHER dahingehend ergänzen müssen, daß auch für das subjektive Moment des Bestrebt-sein-mitzumachen die Feststellung, daß dies möglicherweise der Fall ist, genügt.

Gegen die Auffassung des Bundeskartellamtes läßt sich ferner folgendes einwenden: Haben die Beteiligten miteinander eine Konkurrenzklausel vereinbart, die ihnen den Wettbewerb mit dem gemeinsamen Unternehmen untersagt[144.], so haben sie damit gerechnet, daß ohne eine solche Klausel einer oder mehrere von ihnen der Gesellschaft möglicherweise Konkurrenz machen könnten. Diese Möglichkeit ist von ihnen selbst in Betracht gezogen worden. Sie dennoch unbeachtet zu lassen und die Gesellschafter nicht als potenti-

---

140.) Dafür, daß die Marktbeeinflussung "wahrscheinlich", im Sinne einer näherliegenden Möglichkeit, sein müsse, finden sich keine Anhaltspunkte. Der Gesetzgeber hat nur die Eignung verlangt.

141.) Baumbach-Hefermehl a.a.O.

142.) FrankfKom § 1 TZ 23 und TZ 51

143.) WuW 1961,791.

144.) Diesen Fall erwähnt das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht für das Jahr 1962(Bundestagsdrucksache IV/ 122o S.52);vgl.Seite 53 der Arbeit.

elle Konkurrenten anzusehen, bedeutet eine Verkennung der Auswirkungen, die von der Gesellschaftsgründung auf die Chancen der Marktgegenseite ausgehen können.

Der hier vertretenen Auffassung könnte man entgegenhalten, daß mit dem bloßen Erfordernis einer möglicherweise eintretenden Marktbeeinflussung ein sehr weites und kaum eingegrenztes Gebiet von Verträgen und Beschlüssen § 1 GWB unterworfen werde. Dieser Einwand ist an sich berechtigt. Nur kann die Eingrenzung nicht mittels des Tatbestandsmerkmals der Marktbeeinflussung vorgenommen werden, sondern muß an anderer Stelle des Tatbestandes des § 1 GWB erfolgen[145.].

Als Ergebnis ist festzuhalten: auch wenn die Beteiligten nur möglicherweise eigene Anlagen errichtet hätten und dies unter dem Einfluß der Errichtung der Gemeinschaftsanlage möglicherweise nun nicht tun, ist das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung erfüllt.

3.) Wenden wir uns nun den Wirkungen zu, die auftreten können, wenn die Gemeinschaftsanlage der Herstellung von Erzeugnissen dient, die in den Betrieben der Beteiligten benötigt werden (Produktionsgemeinschaft)[146.].

a.) Wir hatten festgestellt[147.], daß die gemeinsame Herstellung der Vorprodukte dazu führen kann, daß die Beteiligten ihren gesamten Bedarf ausschließlich bei der neuerrichteten Gemeinschaftsanlage decken und nicht mehr wie bisher bei anderen Produzenten beziehen. Es tritt eine Zusammenfassung des Bezuges ein, die andere Hersteller, die die Beteiligten bisher beliefert haben, in ihren Absatzmöglichkeiten einschränkt. Die Absatzalternativen Dritter werden verringert, indem sie von der Belieferung ausgeschlossen und durch das Gemeinschaftsunternehmen verdrängt

---

145.) vgl. hierzu die eingehenden Erörterungen unter V. Ziffer 5 Seite 68 der Arbeit.

146.) Ziffer 3 Seite 27 der Arbeit.

147.) Ziffer 3 a.) Seite 28 der Arbeit.

werden. Darin liegt eine Marktbeeinflussung. Ob die Ausschließlichkeitsbeziehungen der besseren Versorgung der Unternehmen der Vertragspartner dienen und unter diesem Gesichtspunkt als Rationalisierungsabreden erlaubt werden können, ist eine zweite, erst im Rahmen des § 5 GWB zu entscheidende Frage.

Beliefert die Gemeinschaftsanlage ihrerseits nur die Unternehmen der Beteiligten, während diese in ihrem Bezug frei bleiben, so liegt nur eine Einengung des Aktionsradius eines neuen Unternehmens hinsichtlich seiner Absatzmöglichkeiten vor, da die Gemeinschaftsanlage Dritte nicht beliefern darf. Darin liegt, wie oben näher ausgeführt wurde[148.)] keine Marktbeeinflussung. Zwar haben Dritte dann nicht die Möglichkeit, bei dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen. Diese Gelegenheit hätten sie aber auch nicht, wenn das neue Unternehmen gar nicht geschaffen worden wäre. Über § 1 GWB können die Gründer nicht gezwungen werden, ihren Konkurrenten Bezugsmöglichkeiten zu eröffnen.

b.) Haben die Beteiligten die nunmehr in der Gemeinschaftsanlage hergestellten Produkte bisher getrennt selbst fabriziert und geben sie die getrennte Fabrikation auf[149.)] so scheint dieser Fall auf den ersten Blick keine Besonderheiten gegenüber dem unter Ziffer 1.)b.)aa.) Seite 47 der Arbeit behandelten in sich zu bergen. Doch ist folgendes zu beachten:

Die Erzeugnisse der bisherigen Unternehmen wurden nicht direkt auf den Markt gebracht, sondern dienten als Roh- oder Hilfsstoffe oder als Betriebsmittel für eine getrennte Produktion in den Gründerunternehmen. Als Beispiel mag folgender Fall dienen: Zwei Montanunternehmen[150.)], von denen bisher jedes eine Walzstraße betrieben hat, errich-

---

148.) Seite 50 der Arbeit; siehe auch Tätigkeitsbericht 1963 (Bundestagsdrucksache IV/2370, S.19)

149.) Ziffer 3.)b.) Seite 28 der Arbeit.

150.) Die Tatsache, daß der Montansektor in den Art. 65,66 MUV einer Spezialregelung unterworfen ist, soll einmal außer Betracht bleiben (vgl. hierzu eingehend die Ausführungen Seite 163 ff).

ten gemeinsam eine neue Walzstraße. Das ausgewalzte Material wurde und wird auch in Zukunft nicht an Dritte veräußert, sondern in den Gründerunternehmen weiterverarbeitet. Legen die Beteiligten ihre eigenen Walzstraßen still, so ist eine davon ausgehende Beeinträchtigung der Alternativen Dritter nicht ohne weiteres zu erkennen, da Dritte auch vor der Errichtung der gemeinsamen Anlage kein ausgewalztes Material von den Gründern bezogen haben. Die Aufgabe der eigenen Produktion hat kein Abtreten der Gründer als selbständiger Partner vom Markt zur Folge.

Doch können auch hier marktbeeinflussende Erscheinungen auftreten. Die Kosten des vergemeinschafteten Fertigungsprogramms stellen einen mehr oder weniger erheblichen Teil der Kosten des auf den Markt gebrachten Produktes dar, einen Teilbetrag, der für die sonst in Wettbewerb miteinander stehenden Beteiligten vorgegeben und gleich ist. Der "gleichgerichtete" Kostenanteil wird umso geringer sein, je höher der Anteil anderer Kostenelemente ist. Als extremes Beispiel mag die gemeinsame Produktion einer bestimmten Art von Schrauben durch mehrere Maschinenfabriken dienen, die die Schrauben nicht auf den Markt bringen, sondern in die von ihnen hergestellten Maschinen einfügen. Die Schrauben stellen einen so verschwindend geringen Anteil an den Kosten der Maschinen dar, daß sie sich nicht oder kaum im Endpreis niederschlagen.

Die auf ein gleiches Niveau gebrachten Kostenanteile können aber auch einen wesentlich bedeutenderen Teil der Endkosten ausmachen, so daß den Gründerunternehmen spürbar weniger Spielraum bleibt, ohne unterschiedliche Gewinnmargen zu verschiedenen Preisen zu gelangen. Die Elastizität und Variationsfähigkeit des Preises der auf den Markt gebrachten Erzeugnisse kann erheblich abnehmen. Die Kunden können sich, wenn nicht gleichen, so doch weniger variablen Preisen gegenübersehen als vor der Errichtung der gemeinsamen Produktionsanlage. Zwar wird die gemeinsame Produktion in der Regel rationeller als eine getrennte sein und so nur zu einer Preissenkung führen. Das jedoch ist für das Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung unbeachtlich

und erst im Rahmen des § 5 GWB, insbesondere bei der Frage nach einer Verbesserung der Bedarfsbefriedigung, von Bedeutung.

4.) Dient die neuerrichtete Anlage der gemeinsamen Verarbeitung von Produkten aus den Unternehmen der Beteiligten (Verarbeitungsgemeinschaft), so können ähnliche Wirkungen wie bei den Produktionsgemeinschaften auftreten[151.]. Die folgenden Erörterungen können daher weitgehend auf dem Vorhergehenden fußen.

a.) Beliefern die Beteiligten, die die Vorprodukte bisher unverarbeitet weiterveräußert haben, nur noch das Gemeinschaftsunternehmen, so beeinflußt diese Absatzzusammenfassung die Chancen der Unternehmen, die die Vorprodukte bisher bezogen haben. Sie werden vom Bezug ausgeschlossen. Der allgemeine Markt wird nicht mehr bedient, wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten Dritter werden beeinträchtigt. Darin liegt eine Marktbeeinflussung[152.].

Bereits zur Zeit der Geltung der Kartellverordnung 1923 hat man sich eingehend mit der Kartelleigenschaft der Verarbeitungsgemeinschaften befaßt, wobei man zu unterschiedlichen Ergebnissen kam. Teils wurde die Kartelleigenschaft unter Hinweis auf eine fehlende Marktbeeinflussungsabsicht verneint[153.], teils wurde lediglich eine objektive Marktbeeinflussung verlangt[154.], die in dem Fernhalten der an das Gemeinschaftsunternehmen gelieferten Produkte vom allgemeinen Markt erblickt wurde. Zu der Frage, ob nach dem GWB eine Marktbeeinflussungsabsicht erforderlich ist, wird sogleich noch allgemein Stellung genommen werden.

Wird nur der Aktionsradius des Gemeinschaftsunternehmens selbst hinsichtlich seiner Bezugsquellen dahingehend eingeengt, daß es seinen Bedarf nur bei den Unterneh-

---

151.) Ziffer 4.) Seite 29 der Arbeit.

152.) Beschluß des BKartA vom 1o.4.1964(Gesellschaft für Teerverwertung mbH);vgl. Anm.52 Seite 29 der Arbeit.

153.) so RGZ 128,1;Naegeli a.a.O.S. 62,1o7,118 und 134.

154.) so KartG in KartRdsch 1925,344 und 1927,561; Herzog in KartRdsch 193o,272.

men der Vertragspartner decken darf, so liegt keine Marktbeeinflussung vor[155.].

b.) Sind die in Zukunft vom Gemeinschaftsunternehmen zu verarbeitenden Produkte bisher getrennt in Unternehmen der Vertragspartner verwertet worden und wird diese getrennte Verwertung nicht fortgesetzt, so tritt an die Stelle mehrerer Verarbeitungsbetriebe ein einziger. Die Abnehmer der verarbeiteten Produkte haben geringere Auswahlmöglichkeiten[156.].

Damit ist die Untersuchung der verschiedenen denkbaren Auswirkungen von Gemeinschaftsgründungen auf ihren marktbeeinflussenden Charakter hin abgeschlossen.

IV.) Die Marktbeeinflussungsabsicht.

In der Rechtsprechung und Literatur zur KartVO 1923 wurde häufig neben oder statt der objektiven Eignung die Absicht der Beteiligten verlangt, den Markt zu beeinflussen[157.]. Der Absicht der Marktbeeinflussung wurde die der Rationalisierung und Arbeitsteilung gegenübergestellt. Insbesondere den Gemeinschaftsunternehmen wurde die Marktbeeinflussungsabsicht abgesprochen[158.]. Andererseits hatte man zum Teil bereits damals erkannt, daß marktgerichtete und auf innerbetriebliche Rationalisierung ausgerichtete Bestrebungen der Beteiligten nebeneinander herlaufen und zu einem einheitlichen Ganzen verwoben sein können. Auch lassen sich die Gedankengänge der Beteiligten nur schwer ergründen. Die Beweisschwierigkeiten sind bei subjektiven Tatbestandsmerkmalen besonders groß.

Der Gesetzgeber des GWB hat daher bewußt darauf verzichtet, eine Marktbeeinflussungsabsicht zu verlangen, und sich mit der objektiven Eignung zur Marktbeeinflussung begnügt. Das geht sowohl aus dem Wortlaut des § 1 GWB wie

---

155.) vgl. Seite 50/51 und 57

156.) vgl. Seite 47ff der Arbeit.

157.) so RGZ 128,1o;Naegeli a.a.O.S.62;
a.A. KartG in KartRdsch 1931,189 und 1932,171.

158.) Naegeli a.a.O.S. 1o7 ff,122 ff und 134.

aus der Regierungsentwurfsbegründung[159.] eindeutig hervor und wird in der Rechtsprechung und Literatur[16o.] grundsätzlich nicht in Frage gestellt. Dennoch wird unvereinbar mit § 1 GWB bei der speziellen Frage der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit von Gemeinschaftsunternehmen vereinzelt noch immer auf eine Marktbeeinflussungsabsicht abgestellt und auf den Zweckgedanken zurückgegriffen[161.].

V.) Wettbewerbsbeschränkungen als faktische Wirkungen.

1.) Die oben dargestellten marktbeeinflussenden Wirkungen der Errichtung gemeinsamer Produktionsanlagen beruhen auf einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten, die ihre eigenen Produktionsanlagen ganz aufgeben, also nicht mehr miteinander konkurrieren, nurmehr beschränkt miteinander in Wettbewerb treten, indem der Umfang oder die Absatzgebiete begrenzt oder die gleichen Preise und Konditionen eingehalten werden, oder die von ihnen benötigten Vorprodukte von derselben Gemeinschaftsanlage zu gleichen Bedingungen beziehen bzw. demselben Verarbeitungsbetrieb ihre Erzeugnisse andienen.

Die Wettbewerbsbeschränkungen können rein faktisch ohne dahingehende besondere Vereinbarungen auftreten. Wird ein Gemeinschaftsunternehmen errichtet, so können die Gruppendisziplin und das Gemeinschaftsbewußtsein so stark sein, daß die Beteiligten sich de facto nicht mehr unabhängig und miteinander konkurrierend verhalten. Die Hohe Behörde der Montanunion[162.] spricht deshalb von sogenannten Grup-

---

159.) Bundestagsdrucksache II/1158 S. 31

16o.) vgl. BGH in WuW E /BGH 359 ff (Gasglühkörper) und in GRUR 1963,46ff (Spar); Bundeskartellamt in WuW E/ BKartA 145ff (Doppelstecker); Lukes a.a.O.S. 113; Baumbach-Hefermehl § 1,Anm.45; Fikentscher in WuW E/BGH 367; Lieberknecht und Gnauk in BetrBer 1963, 1o68; Benisch in Festschrift für Isay S. 231ff (245).

161.) so Müller-Gries § 1,Anm.21; Rasch § 1,Anm.6; Langen § 1,II 4a.

162.) 11. Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft S. 345ff.

peneffekten. Die gemeinsame Tätigkeit und die dadurch entstehende enge Verbindung zwischen den Gründern erzeugen eine Atmosphäre, die einem gruppensolidarischen Verhalten günstig und dem unabhängigen Ringen um den Kunden abträglich ist. Die Beteiligten stehen miteinander in dauerndem Kontakt, fühlen sich sozusagen als in einem Boot sitzend und werden wenig Neigung verspüren, einander Konkurrenz zu machen. Die Binnendistanz zwischen ihnen wird verringert, die Außendistanz vergrößert[163.]. Die Interessen der Beteiligten sind weitgehend gleichgerichtet.

Hinzukommen die häufig nicht unerheblichen materiellen Vorteile, die mit der Aufgabe einer unrentabel gewordenen eigenen Produktion, mit der ausschließlichen Belieferung einer gemeinsamen Verarbeitungsanlage oder dem ausschließlichen Bezug von einer gemeinsamen Produktionsstätte verbunden sind. Erwarten die Beteiligten solche Vorteile, werden sie auch ohne Vertrag ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, überwiegen die Nachteile, werden sie trotz vertraglicher Bindung versuchen, den Vertrag so schnell wie möglich zu kündigen[164.].

Schließlich ist die Aufnahme einer selbständigen Produktionstätigkeit nach der Beteiligung an der Gemeinschaftsanlage oft gar nicht mehr möglich, da die Finanzkraft der Gründer mit der Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens erschöpft ist.

2.) Stellt man mit GABRIEL[165.], der sich allerdings nicht speziell mit den Gemeinschaftsunternehmen befaßt, die faktischen Wirkungen von Verträgen oder Beschlüssen auf den Wettbewerb in den Vordergrund, so läßt sich feststellen, daß die Errichtung gemeinsamer Produktionsanlagen auch ohne darüber hinausgehende besondere Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts eine Erhöhung des Monopolisierungsgrades des Marktes, eine Abnahme der Zahl der

163.) Andreae: Gruppenwettbewerb und Wettbewerbsordnung III. Vorträge des 15. Deutschen Betriebswirtschafter-Tages 1962 S. 258.

164.) vgl. Rautenberg in NJW 1959, 2239.

165.) MA 1960, 247ff.

unabhängig voneinander auftretenden Marktpartner zur Folge haben kann. Die Frage kann nur sein, ob GABRIEL auch in der weiteren Annahme zu folgen ist, diese de facto-Wirkungen seien für die Anwendung des § 1 GWB ausreichend und ein wettbewerbsbeschränkender Vertragsinhalt nicht erforderlich.

GABRIEL betont, die Feststellung, ein Vertrag wettbewerbsbeschränkenden Inhalts läge nicht vor, die Rechtssubjekte seien in der Lage, sich frei zu verhalten, besage nichts über ihr tatsächliches Marktverhalten. Man dürfe nicht übersehen, daß die vollständige Konkurrenz in möglichst großem Umfang erhalten werden solle und dafür Sorge zu tragen sei, daß sie, soweit herstellbar, nicht beeinträchtigt werde. Die Zahl der Marktteilnehmer solle nicht ohne zwingenden Grund reduziert werden. Entscheidend könne daher nur die wettbewerbsbeschränkende Wirkung sein, die in einer Verringerung der Zahl der unabhängig voneinander auftretenden Marktteilnehmer bestehen könne. Man könnte noch hinzufügen, für ein die Marktgegenseite schützendes Gesetz[166.)] sei der eintretende oder wahrscheinlich eintretende Erfolg und nicht das Mittel, mit dem dieser Erfolg erreicht werde, bedeutsam.

3.) Bereits bei der Diskussion vor Erlaß des GWB ist die Frage, ob von § 1 GWB auch de facto-Wirkungen erfaßt werden, in ihrer Bedeutung erkannt worden, und zwar zuerst im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Genossenschaften[166a)]. Die Diskussion wurde dabei fast ausschließlich auf den Bereich der Einkaufs- und Bezugsge-

166.) Die Frage, ob § 1 GWB als Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB und des § 35 GWB anzusehen ist, soll mit diesem Hinweis nicht beantwortet werden.

166a) Gutachten erstellt vom Institut für Genossenschaftswesen an der Universität Münster "Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf"; Westermann: Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf; Bieling: Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften; Sölter: Das Rabattkartell S.51ff; Paulick: Das Recht der eingetragenen Genossenschaft S.84ff; Steindorff: Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht S.17ff; Gleiss in BetrBer 1950,887; Bömcke in BetrBer 1951,576; Ewald in WuW 1956,253ff; Benisch in Festschrift für Isay S.231ff und in WuW 1958.269ff; Günther in MA 1957,35ff.

nossenschaften begrenzt. Produktions- und Absatzgenossenschaften wurden kaum von den Auseinandersetzungen berührt[167.]. Neben der Frage nach der Behandlung faktischer Wettbewerbsbeschränkungen wurden dabei noch andere Möglichkeiten, die Genossenschaften ganz oder teilweise aus dem Anwendungsbereich des GWB herauszuhalten, erörtert.

So wurde die Ansicht vertreten, Genossenschaften unterlägen § 1 GWB deshalb nicht, weil sie den Wettbewerb der Genossen nicht beschränkten, sondern erst ermöglichten[168.]. Leistungsschwachen Mitgliederbetrieben eröffne häufig erst der genossenschaftliche Zusammenschluß die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr[169.], ohne den Zusammenschluß könnten die Genossen den Wettbewerb mit großen Unternehmen oft gar nicht aufnehmen[17o.].

Dies trifft sicherlich in einer Anzahl von Fällen zu. Dann mangelt es am Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung, § 1 GWB ist nicht erfüllt[171.]. Jedoch genügt es, wenn die Beteiligten ohne das gemeinsame Vorgehen nur möglicherweise getrennt voneinander auf dem Markt erschienen wären[172.]. Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Marktbeeinflussung kann daher auch bei den Genossenschaften durchaus gegeben sein.

In der Diskussion wurde ferner von mehreren Autoren[173.] auf die wichtigen volkswirtschaftlichen Funktionen hingewiesen, die insbesondere den Einkaufsgenossenschaften zukommen. Durch die Genossenschaften könne "gegengewichtige Marktmacht"[174.] herausgebildet werden, die den Wett-

---

167.) vgl. hierzu Günther in MA 1957,36

168.) Steindorff a.a.O.S. 17ff

169.) Hierauf weisen auch Paulick a.a.O.S. 84ff und Westermann a.a.O.S.28ff hin.

17o.) Steindorff S.26/27

171.) Das wurde für die Gemeinschaftsunternehmen schon auf den Seiten 27 und 52ff dieser Arbeit festgestellt.

172.) vgl. oben S. 53ff der Arbeit.

173.) Ohm in Gutachten der Universität Münster S.48ff; Westermann a.a.O.S. 28ff;Paulick a.a.O.S.84ff.

174.) Ohm a.a.O.S.43ff.

bewerbsgrad auf der gegenüberliegenden Marktseite verstärken könne. Genossenschaften seien als Gegengewichte gegen die Marktschwäche der kleineren Existenzen, die oft erst das Gleichgewicht der Kräfte an die Stelle einseitiger Marktüberlegenheit der Anbieterseite setzten, unentbehrlich[175.].

Diese Erkenntnis ist rechtspolitisch von großer Bedeutung. De iure lata im Rahmen der Prüfung der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB jedoch läßt sich die kartellrechtliche Unbedenklichkeit der Genossenschaften mit der Argumentation, sie stellten ein volkswirtschaftlich erwünschtes Gegengewicht gegenüber der Marktmacht der Anbieter dar, nicht ausreichend begründen[176.]. Den Genossenschaften kommt im Rahmen des GWB keine Sonderstellung zu. WESTERMANN[177.] weist mit Recht darauf hin, daß andernfalls Vereinigungen nur um dessentwegen die Form der Genossenschaft wählen könnten, um von den Bindungen des GWB frei zu bleiben[178.]. Der Bundestagsausschuß für Wirtschaftspolitik hat in seinem Ausschußbericht[179.] zu § 1 denn auch ausdrücklich festgestellt, daß "keine Notwendigkeit für eine Sonderregelung zugunsten von Genossenschaften oder Einkaufsgemeinschaften gesehen wurde".

Unbestritten ist jetzt wohl auch, daß § 1 GWB die Kartellierung der Nachfragerseite ebenfalls erfaßt und den Kartellen der Anbieter gleichstellt, sodaß keine Möglichkeit besteht, Einkaufsgenossenschaften als Nachfragerzusammenschlüsse grundsätzlich nicht dem § 1 GWB zu unterwerfen[18o.].

175.) Westermann a.a.O.S. 29; a.A. Sölter a.a.O.S.51

176.) Günther in MA 1957,41. Auch Westermann (a.a.O.S.25ff) trennt klar die Erörterung der Tatbestandsmarkmale des § 1 GWB von der Erörterung der volkswirtschaftlichen Funktionen der Genossenschaften, die er im Rahmen einer rechtspolitischen Würdigung der gefundenen Ergebnisse vornimmt.

177.) Gutachten der Universität Münster S. 77

178.) so auch Benisch in Festschrift für Isay S.253

179.) Bundestagsdrucksache II/3644

18o.) Westermann a.a.O.S.1o;Müller-Henneberg in GemKom Vorb. § 1,Anm.3 und §1,Anm.3o; Sölter a.a.O.S.55 N62a

Läßt sich somit die Frage nach der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Genossenschaften nicht mit allgemeinen Erwägungen, sondern nur anhand der Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB beantworten, so ist die Kernfrage auch hier, ob wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen als Vertragsinhalt erforderlich sind oder ob bereits tatsächliches Gleichverhalten genügt. Zu dieser Kernfrage ist die Diskussion bereits frühzeitig vorgestoßen[181.].

Einig war und ist man sich darin, daß die vertragliche oder statuarische Begründung eines Bezugs- oder Absatzzwanges unter § 1 GWB fällt[182.]. Vielfach stellen die Einkaufsgenossenschaften ihren Mitgliedern jedoch frei, den Einzelbedarf auch außerhalb des Zusammenschlusses zu decken. Dann kann gleichwohl die innere Verbundenheit und Solidaritätsgesinnung der Mitglieder gegenüber der Genossenschaft faktisch zu einer Einkaufszusammenfassung und damit zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs führen. Auch kann der Bezug über die Genossenschaft so günstig sein, daß andere Anbieter praktisch nicht mehr zu Geschäftsabschlüssen mit den der Genossenschaft angeschlossenen Unternehmen kommen[183.].

Derartige faktische, auf der "ideellen Genossenschaftsbindung" beruhende Wettbewerbsbeschränkungen hat BENISCH[184.] zunächst für ausreichend erachtet. Nach Inkrafttreten des GWB hat er diese Auffassung jedoch unter Hinweis

---

181.) Vgl. die Literatur Fußnote 166a auf Seite 63 der Arbeit

182.) Literaturangaben Fußnote 166a auf Seite 63 der Arbeit

183.) Westermann (s.a.O.S.) und Gutachten der Universität Münster S.) hält diese Gefahr für nicht sehr groß, da die angeschlossenen Unternehmen als Kunden sich dem Einkaufszusammenschluß gegenüber in aller Regel nicht anders als gegenüber anderen Anbietern verhielten. Der Genossenschaftsgeist sei bei den Einkaufsgenossenschaften nicht mehr so stark, daß er ein marktfremdes Verhalten der Genossen veranlasse. Das Wettbewerbsverhältnis zwischen der Genossenschaft und den sonstigen Anbietern unterliege den allgemeinen Marktgesetzen. Die ideelle Bindung der Genossen sei nur in sehr engen Grenzen in der Lage, den Leistungswettbewerb zu verdrängen.

184.) Festschrift für Isay S.231ff.

auf den Ausschußbericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaftspolitik[185.] aufgegeben[186.] und sich der herrschenden Meinung[187.] angeschlossen, die § 1 GWB nur auf Absatz- und Bezugsbindungen anwenden will, die die Genossen zum verpflichtenden Vertragsinhalt erhoben haben. So führt WESTERMANN[188.] aus, es komme auf die verpflichtende Wirkung des Vertrages, nicht auf die bloß mittelbare tatsächliche Wirkung des Zusammenschlusses an. Die Beschränkung der Verbote auf Rechtlich-Organisatorisches sei schon deswegen gerechtfertigt, weil jeder Gesetzgeber, der sich der naturgegebenen Grenzen bewußt sei, Einwirkungen auf die Gesinnung der Rechtsgenossen unterlassen werde[189.].

4.) Das Problem hat, wie die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen zeigt, über den Bereich der Einkaufsgemeinschaften hinaus grundsätzliche Bedeutung. Entgegen der Ansicht von GABRIEL[190.] begnügt sich die herrschende Meinung[191.] generell für die Anwendung des § 1 GWB nicht damit, daß ein Vertrag de facto zu den den Wettbewerb unter den Beteiligten beschränkenden Wirkungen führen kann, verlangt vielmehr wettbewerbsbeschränkende Verpflichtungen als Vertragsinhalt, einen Verzicht auf die Freiheit der individuellen Entscheidung der Beteiligten in ihrem Marktverhalten.

Das Bundeskartellamt hat in seinem Tätigkeitsbericht 1959[192.] ausgeführt, es werde zur Zeit überprüft, ob ein faktisches Syndikat den Tatbestand des § 1 GWB erfülle. In dem konkreten Fall war der Kartellvertrag von den Beteiligten aufgehoben worden. Gleichwohl benutzten sie die

---

185.) Bundestagsdrucksache II/3644

186.) WuW 1958,269ff(271/272) und in WuW E/BKartA 577ff

187.) Westermann a.a.O.S. 2o und Gutachten S.76; Ewald in WuW 1956,253ff;Günther in MA 1957,44.

188.) a.a.O.S.2o/21

189.) Gutachten S.76

190.) MA 1960,247ff;vgl.Seite 62 der Arbeit

191.) FrankfKom § 1,TZ 26;Baumbach-Hefermehl § 1,Anm.28; Behrens in NJW 1958,481ff;Steiner in Betrieb 1959, 1131;Fikentscher in WuW 1960,68off;Kröger in Betrieb 1962,1034ff;Müller-Henneberg in WuW 1963,891.

gemeinsame Verkaufseinrichtung weiter. Im Tätigkeitsbericht 1963[193.] wird mitgeteilt, daß nach dem Ermittlungsergebnis eine nach § 1 GWB unzulässige Bindung unter den Gesellschaftern nicht vorliege.

Im Jahre 1962[194.] hat das BKartA sich zu den freiwilligen Einkaufsketten dahin geäußert, sofern die Mitglieder rechtlich nicht verpflichtet seien, ihren Bedarf ganz, zu einem bestimmten Prozentsatz oder in einigen Artikeln im Wege des gemeinschaftlichen Einkaufs über die Handelskette zu decken, bestünden keine kartellrechtlichen Bedenken. Über den Kreis der Einkaufsvereinigungen des Einzelhandels hinaus hat das BKartA schließlich auch Fälle des gemeinsamen Verkaufs und der gemeinschaftlichen Produktion[195.], da keine wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen bestanden, für kartellrechtlich irrelevant erklärt[196.].

Der BGH erwähnt in seinem Urteil vom 6.12.1962[197.] ebenfalls, allerdings nur als obiter dictum, "der Inhalt des Vertrages, also die wettbewerbsrechtliche Bindung der Gesellschafter", müsse geeignet sein, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.

5.) Betrachtet man den Wortlaut des § 1 GWB, so lassen sich daraus eindeutige Schlüsse nicht ziehen. Er läßt sowohl die Auffassung, die Wettbewerbsbeschränkung müsse Vertragsinhalt sein, als auch die gegenteilige zu, ebenso wie die Marktbeeinflussung brauche die Wettbewerbsbeschränkung nur als Wirkung, und zwar wie oben aufgezeigt wurde, als sogenannte Zwischenwirkung, einzutreten. Für die letztgenann-

---

192.) Bundestagsdrucksache III/1795,S.15

193.) Bundestagsdrucksache IV/2370,S.18

194.) WuW E/BKartA 575ff

195.) vgl. den im Tätigkeitsbericht 1962,S.23 erwähnten Fall der gemeinschaftlichen Herstellung von Putzträgern; ferner die Erörterung zu der Schwefelsäure-Vereinigung im Tätigkeitsbericht 1962,S.37.

196.) Bereits der Gesellschaftsvertrag der Kieler Fischgroßhandels GmbH & Co KG ist nach Aufhebung des vertraglichen Wettbewerbsverbots unbeanstandet geblieben (WuW 1961,858).

197.) BetrBer 1963,250 ff (Bonbonniere)

te Ansicht könnte sprechen,dass die Wettbewerbsbeschränkung gemeinsam mit der Marktbeeinflussung in dem mit den Worten "geeignet sein" eingeleiteten Halbsatz genannt wird.Auf der anderen Seite deutet die klare Trennung der Begriffe Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung eher darauf hin,der Gesetzgeber habe damit Inhalt und Wirkung voneinander abgegrenzt.Immerhin lässt der Wortlaut des Gesetzes beide Auslegungen zu.

Der Bundestagsausschuss für Wirtschaftspolitik hat sich bei der Beratung des GWB bekanntlich auf den Standpunkt gestellt,dass die Voraussetzungen des §1 GWB nur dann erfüllt seien,wenn "durch Vertrag oder Beschluss Verpflichtungen zu einem bestimmten,den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet werden"[198.].Das enthebt allerdings nicht der Notwendigkeit,die Frage genauer zu untersuchen.Der Wille der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe,hier nicht einmal des Plenums, sondern nur eines der beteiligten Ausschüsse,kann nicht alleinige Basis für die Gesetzesauslegung sein[199.].

Ein gewichtiges Argument für die herrschende Meinung ist in folgendem zu finden:Die Marktbeeinflussung tritt zumeist erst geraume Zeit nach Abschluss des Vertrages ein.Zur Zeit des Vertragsabschlusses lässt sich eine Aussenwirkung als über die Beteiligten hinauswirkende Folgeerscheinung vielfach nur als möglich feststellen;

ihren Eintritt abzu-

198.) Kurlbaum Bericht II zu § 1 zu Bundestagsdrucksache II/3644

199.) vgl.BVerfGE 1,299(312); 10,234(244); 11,126(130) und BGHZ 36,370(377)

warten, würde bedeuten, darauf zu verzichten, so frühzeitig wie möglich gegen Beeinträchtigungen der Marktgegenseite vorzugehen. Anders ist die Situation hinsichtlich der Wettbewerbsbeschränkung. Sie ist das zentrale Tatbestandsmerkmal des GWB, was schon in dessen Bezeichnung als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Ausdruck kommt. Von ihr wird das Verhältnis der Vertragsbeteiligten zueinander betroffen. Die Wettbewerbsbeschränkung kann Vertragsinhalt sein, da die Beteiligten ihr Verhältnis zueinander im Gegensatz zu Einflüssen auf Außenstehende, die sie nur bewirken können, zum Gegenstand vertraglicher Vereinbarungen machen können. Bei der Marktbeeinflussung kann man sich mit der bloßen Möglichkeit ihres Eintritts begnügen, wenn man außerdem eine Wettbewerbsbeschränkung als Inhalt der Vereinbarung der Beteiligten feststellen kann. Dann ist der Vertrag bereits dadurch so gefahrdrohend für die Marktgegenseite, daß der Eintritt der Marktbeeinflussung nicht abgewartet werden kann. Würde man sich sowohl hinsichtlich der Marktbeeinflussung als auch der Wettbewerbsbeschrankung mit Wahrscheinlichkeitsurteilen begnügen, so bliebe kein Tatbestandsmerkmal, das tatsächlich als Vertragsinhalt vorliegen müßte. Verträge zu gemeinsamem Zweck sind an sich wettbewerbsneutral. Sie würden allein wegen ihrer möglichen Auswirkungen erfaßt und § 1 GWB unterworfen.

Derartige weitreichende Eingriffe in die Privatautonomie, wie sie § 1 GWB normiert, allein auf die dem Abschluß eines inhaltlich wettbewerbsneutralen Vertrages nachfolgenden faktischen Auswirkungen zu stützen, erscheint im Interesse der Rechtssicherheit bedenklich. Da sich die Wirkungen auf den Wettbewerb der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses nicht abschließend beurteilen lassen, ihr Eintritt oder Nichteintritt vielmehr nicht selten erst von der zukünftigen Entwicklung der Unternehmen und des Marktes abhängt, müßte man sich auf ein mehr oder weniger vages Wahrscheinlichkeitsurteil stützen. Es besteht immerhin die Möglichkeit, daß die Gründer in Wettbewerb miteinander bleiben, um zunächst das Anlaufen des Gemeinschaftsunternehmens abzuwarten. Nach Überwindung der Startschwierigkeiten

kann sich die Marktlage dann durchaus so entwickelt haben, daß auch die Gründerunternehmen weiterproduzieren und nicht geschlossen werden.

Auch die Wettbewerbsbeschränkung nur als Wirkung zu verlangen, würde bedeuten, eine nicht zu übersehende Fülle von Verträgen zu erfassen, und ihre Wirksamkeit in Frage zu stellen[200.]. Letztlich ist jeder rechtlich geregelte Personenzusammenschluß, insbesondere ein Wirtschaftsverband, zur Marktbeeinflussung und Wettbewerbsbeschränkung geeignet, wenn nur die entsprechenden Mitglieder vorhanden sind. Das gegenseitige Kennen und Besprechen sind der Boden, auf dem Wettbewerbsabsprachen entstehen[201.]. Gemeinschaftsveranstaltungen aller Art wären dem Zugriff der Kartellbehörde ausgesetzt[202.]. Eine kaum zu verantwortende Rechtsunsicherheit wäre die Folge[203.]. HEFERMEHL[204.] erklärt mit Recht, jeder Vertrag, der gleichförmiges Verhalten zur Folge haben könnte, würde unter dem Damokles-Schwert der Rechtsunwirksamkeit stehen.

6.) Nicht herangezogen werden kann für die Auffassung, § 1 GWB erfasse gleichermaßen wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen eines Vertrages, der Rechtsgedanke des faktischen Vertragsverhältnisses, unter dem die verschiedenartigsten Erscheinungen zusammengefaßt werden[205.]. Durch die Annahme eines faktischen Vertragsverhältnisses soll trotz mangelhafter Vertragsgrundlage dem die Beteiligten verbindenden tatsächlichen sozialen Kontakt Rechnung getragen, sollen die Beziehungen der Beteiligten sozusagen "aufgewertet"

200.) vgl. Benkendorff in WRP 1962,313ff; Fikentscher in WuW 1960,680ff

201.) Lukes a.a.O.S.119

202.) Hefermehl in GRUR 1963,385 ff(386)

203.) Steiner in Betrieb 1959,1131; Krahe in WuW 1959,615ff

204.) a.a.O.S. 386

205.) vgl. BGHZ 21,333
Haupt: Über faktische Vertragsverhältnisse;
Larenz in NJW 1956,1897ff; Lehmann in NJW 1958,5ff

auf die Stufe eines Vertragsverhältnisses gehoben werden. Den tatsächlichen Kontakten wird zumindest für einen begrenz ten Zeitraum Bestand verliehen und rechtliche Anerkennung gewährt.

Ganz abgesehen von allen anderen Bedenken würde es ein Widersinn in sich sein, diesen Grundgedanken, tatsächlichem Verhalten den Rang eines Vertrages zukommen zu lassen, für faktische Wettbewerbsbeschränkungen anzuerkennen. Entweder würde der wettbewerbsbeschränkende faktische Vertrag nach § 1 GWB dennoch unwirksam sein, würde das kunstvoll konstruierte Gebäude des faktischen Rechtsverhältnisses im gleichen Moment wieder in sich zusammenbrechen[2o6.)], oder aber es würde bei den nach den §§ 2 ff GWB erlaubnisfähigen Wettbewerbsbeschränkungen erreicht, daß das bloß faktische Verhalten zur Vertragspflicht erhoben würde. Diese Steigerung der Intensität einer, sei es auch erlaubnisfähigen, Wettbewerbsbeschränkung würde nicht den Intentionen des Gesetzgebers des GWB entsprechen, die gerade dahin gehen, Wettbewerbsbeschränkungen zu vermeiden, und nicht, sie aus dem Bereich des Unverbindlichen, Tatsächlichen hinauszuheben in den Bereich der rechtlichen Verpflichtungen. Der ganz anderen Zielen dienende Rechtsgedanke des faktischen Vertrages läßt sich hier nicht verwenden.

Ebensowenig kann man die Rechtsscheinsgrundsätze des Handelsrechts anwenden und erklären, wer sich als Kartell geriere, müsse sich als solches behandeln lassen. Diese Grundsätze sollen das Vertrauen Dritter schützen. Selbst wenn Dritte annehmen sollten, es liege eine Kartellabsprache vor, ist kein Grund ersichtlich, sie in einer solchen Annahme zu "schützen". Geschützt werden müssen sie im Gegenteil gerade vor der Kartellabsprache, nicht darin, daß eine solche ent-

---

2o6.) vgl. Benkendorff in WRP 1962,313ff

Zur Frage, inwieweit die Tatsache, daß das faktische Vertragsverhältnis, sofern man § 1 GWB als Verbotsnorm auffaßt, gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde, seiner Annahme entgegenstehen würde vgl.ferner BGHZ 13,32o; Hueck:Recht der OHG S.55;Schlegelberger-Gessler § 1o5,Anm.62g.

gegen ihrer Annahme nicht besteht. Ein darüber hinausgehender, nicht auf den Vertrauensschutz abstellender allgemeiner Grundsatz, anstelle einer Vertragsbeziehung genüge bereits ihr äußerer Eindruck, ist unserem Recht nicht bekannt und auch im Rahmen des § 1 GWB nicht anzuerkennen[207.].

All diese Gründe sprechen dafür, mit der herrschenden Meinung wettbewerbsbeschränkende Wirkungen eines Vertrages nicht genügen zu lassen. Dieses Ergebnis soll unter VI. noch speziell für die Neugründung von Gemeinschaftsunternehmen anhand der Gesetzessystematik überprüft und erhärtet werden.

7.) Der Gesetzgeber hat das rein faktisch gleichförmige Verhalten im Wettbewerb allerdings nicht völlig unbeachtet gelassen, vielmehr in den §§ 25 Abs. 1 und 38 Abs. 2 Satz 2 GWB die Veranlassung und Empfehlung eines solchen Verhaltens untersagt. Zwar werden die Unternehmen selbst, die sich faktisch solidarisch verhalten, deswegen nicht zur Rechenschaft gezogen, wohl aber der Initiator, der die Wettbewerbsbeschränkung auslöst[208.].

a.) § 25 Abs. 1 GWB untersagt die Veranlassung anderer Unternehmen zu einem Verhalten, das nach dem GWB oder nach einer auf Grund des GWB ergangenen Verfügung der Kartellbehörde nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf. Veranlassungsmittel müssen eine Nachteilsdrohung oder -zufügung, ein Vorteilsversprechen oder -gewähren sein. Veranlaßt werden müssen "andere" Unternehmen. Damit scheiden die Fälle des inneren Organisationszwanges, der Veranlassung von Kartellmitgliedern, sich an die vereinbarten Beschränkungen zu halten, für § 25 Abs. 1 GWB aus[209.]. Liegen jedoch neben der Veranlassung unter § 1 GWB fallende Vereinbarungen nicht vor, so können "andere" Unternehmen auch solche sein, die Gesellschafter des veranlassen-

---

207.) Langen Kommentar zum GWB 3.Aufl.S.62;
Rittner:Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung S. 144

208.) BGH in WuW/E BGH 369 (Kohlenplatzhandel);
Mayer-Wegelin in GemKom § 38,Anm.18 und 26

209.) Benisch in GemKom § 25,Anm.3

den Gemeinschaftsunternehmens sind[210.].

Als Beispiele von Nachteilsdrohungen oder Vorteilsversprechen im Rahmen einer Gemeinschaftsproduktion seien genannt: Gesellschaftern, die neben einer gemeinsam betriebenen Teerverarbeitungsanlage[211.] andere Produzenten beliefern, wird angedroht, sie würden für den an das Gemeinschaftsunternehmen gelieferten Teer ein geringeres Entgelt erhalten als diejenigen, die ihre gesamte Teerproduktion an das Gemeinschaftsunternehmen geben. Von einer gemeinsam betriebenen Anlage, von der die Gesellschafter in ihren eigenen Betrieben benötigte Rohstoffe beziehen[212.], sollen diejenigen, die nicht ihren gesamten Bedarf beim Gemeinschaftsunternehmen decken, die Rohstoffe nur zu einem ungünstigeren Preis erhalten. Oder ein den Gesellschaftern vom Gemeinschaftsunternehmen gewährter Kredit kann von diesem gekündigt werden, falls bestimmte Waren nicht ausschließlich dort bezogen werden[213.].

Stellen die Vorteile allerdings echte Mengenrabatte dar, so ist gegen ihre Gewährung nichts einzuwenden. Der Menge der abgenommenen oder gelieferten Produkte dürfen die Konditionen angepaßt werden, denn darin liegen keine Vorteile, die für das Nichtbetreiben von Wettbewerb versprochen werden, sondern Großabnehmern gewährte Sonderkonditionen, wie sie auch sonst üblich sind.

b.) § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, der in Idealkonkurrenz zu § 25 Abs. 1 GWB treten kann[214.], erfaßt Empfehlungen, die durch gleichförmiges, der Empfehlung entsprechendes Verhalten der Empfehlungsempfänger eine Umgehung der im GWB ausgesprochenen Verbote oder der von der Kartellbehörde auf Grund des GWB erlassenen Verfügungen bewirken. Zur Rechenschaft gezogen wird der Empfehlende, nicht der Empfehlungsempfänger.

Die Empfehlung kann einmal von der Leitung des Gemeinschaftsunternehmens ausgehen und sich an dessen Gesell-

---

210.) BGH in WuW/E BGH 451; Benisch a.a.O.

211.) vgl. oben Seite 29 der Arbeit

212.) vgl. oben Seite 28 der Arbeit

213.) Westermann: Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf S. 19

schafter wenden, denen beispielsweise angeraten wird, eine eigene Produktion aufzugeben. Befolgen zumindest zwei der Gesellschafter die Empfehlung, so verhalten sie sich faktisch gleichförmig. In dem Zusammenspiel von Empfehlung und gleichförmigem Verhalten liegt die Umgehung des § 1 GWB[215.]. Liegt der Empfehlung allerdings eine kollektive Willenseinigung der Gesellschafter untereinander, sei es in Form eines Vertrages oder eines Beschlusses, zugrunde, so ist der Tatbestand des § 1 GWB erfüllt. § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB findet keine Anwendung, da keine Umgehung des § 1 GWB vorliegt.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch eine sogenannte "wechselseitige Empfehlung"[216.] der Gesellschafter untereinander, zum Beispiel bestimmte Produkte ausschließlich beim Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen, von § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB erfaßt wird.

Zum Begriff der Empfehlung gehört die "Bestimmungstendenz"[217.], das Bestreben, den Willen dessen, an den sie gerichtet ist, zu beeinflussen[218.]. Wenn die Empfehlung auch ihrem Wesen nach unverbindlich ist, so will doch der Empfehlende auf die Entschließung des Empfehlungsempfängers Einfluß nehmen.

Die Willensbeeinflussung kann im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens darin bestehen, daß noch unentschlossene Partner von den entschlosseneren dazu bestimmt werden, sich wie diese zu verhalten. RUGE[219.] weist darauf hin, daß die wirtschaftlich Stärkeren die Schwächeren beeinflussen können. Dann sind einer oder mehrere der Gesellschafter Empfehlende, die übrigen Empfehlungsempfänger. Es liegen

---

214.) Benisch in GemKom § 25,Anm.13

215.) Mayer-Wegelin in GemKom § 38,Anm.26

216.) vgl. zu diesem Begriff:Meyer-Cording in NJW 1953,565; Benisch in Betrieb 1957,789ff(792);Ulmer in WuW 1962, 3ff(16);Ruge in WuW 1963,711off

217.) Baumbach-Hefermehl § 38,Anm.4 und 5

218.) Mayer-Wegelin in GemKom § 38,Anm.19; Huber:Das Empfehlungsverbot S.53ff

219.) WuW 1963,711

keine wechselseitigen, sondern einseitige Empfehlungen vor, auf Grund deren sich die Empfänger gleichförmig untereinander und mit dem Empfehlenden verhalten. Der Tatbestand fällt unter § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, sofern mindestens zwei Gesellschafter mit der Empfehlung angesprochen sind und sich ihr entsprechend verhalten. Richtet sich die Empfehlung nur an einen Gesellschafter, so ist § 38 Abs. 2 Satz 2 nicht anzuwenden. Es mangelt an dem Tatbestandsmerkmal des gleichförmigen Verhaltens der Empfehlungsempfänger[220.]. Die "Einzelempfehlung"[221.] fällt nicht unter § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB.

"Wechselseitige Empfehlungen" liegen nur dann vor, wenn die Partner sowohl Empfehlende als auch Empfehlungsempfänger sind, die Willensbeeinflussung wechselseitig erfolgt. Gleichförmig verhalten sich dann nicht mehrere Empfänger einund derselben Empfehlung, sondern Unternehmen, die jeweils selbst an ihre Partner eine Empfehlung gerichtet haben und auf der anderen Seite Empfänger einer an sie gerichteten inhaltlich übereinstimmenden Empfehlung sind. Es beeinflußt nicht einer den Willen eines anderen, sondern es liegt eine gemeinsame Willensbildung vor. Damit ist die Grenze von der einseitigen Empfehlung zur kollektiven Verständigung überschritten[222.]. Theoretisch lassen sich vielleicht Fälle denken, in denen die mehreren wechselseitigen Empfehlungen unabhängig voneinander abgegeben werden, ihnen keine Verständigung der Beteiligten zugrundeliegt. In der Praxis aber werden sich die Partner untereinander über die gleichlautenden Empfehlungen abstimmen, werden die Empfehlungen auf einem sogenannten gentlemen's agreement beruhen. Besonders die Partner eines Gemeinschaftsunternehmens, die miteinander in recht engem Kontakt stehen, sprechen sich nicht zufällig gleichlautende Empfehlungen aus, sondern stimmen sich darüber ab. So geht die Diskussion in der Literatur denn auch darum, ob gentlemen's agreements als wechselseitige Empfehlungen unter § 38 Abs. 2

220.) Benkendorff in WRP 1962,313ff (321);
Huber a.a.O.S.71/72

221.) Huber a.a.O.

222.) Huber a.a.O.S. 52

Satz 2 GWB fallen[223.]. Die Autoren, die diese Frage bejahen, wollen damit vermeiden, daß gentlemen's agreements vom GWB gänzlich unerfaßt bleiben. Sie stehen auf dem Standpunkt, § 1 GWB sei auf gentlemen's agreements nicht anwendbar. Kommt man dagegen zu dem Ergebnis[224.], die unverbindliche Abstimmung falle unter § 1 GWB und die Grenzlinie sei zwischen der einseitigen Empfehlung einerseits und jeder, auch der unverbindlichen, kollektiven Verständigung andererseits zu ziehen, so kommt eine Anwendung des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB auf die wechselseitigen Empfehlungen nicht in Betracht, da nicht gleichzeitig eine Verletzung des Verbots des § 1 i.Vbdg.m. § 38 Abs. 1 Ziffer 1 GWB und dessen Umgehung vorliegen kann.

VI. Das Verhältnis des § 1 zu § 23 GWB.

Der Gesetzgeber hat nicht generell die Wettbewerbsbeschränkung als solche für unzulässig erklärt, sondern verschiedene Arten von Wettbewerbsbeschränkungen unterschiedlichen Folgen unterworfen[225.]. Die Art und Weise der Bekämpfung der Wettbewerbsbeschränkungen und darüber hinaus die Entscheidung, ob sie überhaupt durch gesetzliche Maßnahmen verhindert werden sollen, ist den Mitteln, mit denen die Beteiligten vorgehen, angepaßt worden. Der Kampf wird den Waffen des Gegners entsprechend mit unterschiedlichen Abwehrmitteln geführt. Ob der Gesetzgeber dabei jeweils die geeigneten, den Interessen der Beteiligten, der Marktgegner und der Allgemeinheit gleichermaßen gerecht werdenden Rechtsfolgen normiert hat, muß als rechtspolitisches Problem, das de lege ferenda bei einer Änderung des Gesetzes von Bedeutung werden kann, dahingestellt bleiben. Hier bleibt festzustellen, daß der richtigen Abgrenzung der verschiedenen Tatbestände des Gesetzes erhebliche Bedeutung, und zwar auch im Hinblick auf die Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale, zukommt.

223.) bejahend: Meyer-Cording a.a.O.; Benisch a.a.O.; Ulmer a.a.O.; Ruge a.a.O.

verneinend: Benkendorff a.a.O.; Huber a.a.O.; und wohl auch Mayer-Wegelin in GemKom § 38, Anm. 19, der für die Empfehlung als wesentlich erachtet, daß sie "ohne sichtbare oder nachweisbare Verabredung" erfolgt.

224.) Dieses Problem wird noch erörtert (Seite 84 ff)

Für das vorliegende Thema ist besonders wichtig das Verhältnis von § 1 zu § 23 GWB, woraus sich wesentliche Erkenntnisse für die wettbewerbsrechtliche Behandlung der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen ergeben können.

1.) In den Vordergrund der Erörterungen sei zunächst die Frage gerückt, ob ein von § 23 erfaßter Vorgang auch unter § 1 fallen kann, beide Bestimmungen nebeneinander anwendbar sind oder sich gegenseitig ausschließen.

Bei den von § 23 erfaßten Vorgängen als solchen fehlt ein gemeinsamer Zweck, wie ihn § 1 erfordert, sodaß dessen Anwendung schon von der Tatbestandsmäßigkeit her zweifelhaft erscheinen könnte. Die Ziffern 2, 3 und 5 des § 23 erfassen, wenn in ihnen von einem "Erwerb" die Rede ist, dingliche Erfüllungsgeschäfte. Die in Ziffer 4 genannten Betriebsüberlassungs- und Betriebsführungsverträge sind Austauschverträge[226.)] und ebenfalls keine Verträge zu gemeinsamem Zweck. Schließlich sind auch die Verschmelzungstatbestände der Ziffer 1 keine Gesellschaftsverträge, sondern Verträge eigener Art[227.)]. Nun haben aber insbesondere WÜRDINGER und KARTTE[228.)] mit Recht darauf hingewiesen, daß den Ausführungsgeschäften des § 23 GWB ein Vertrag zu gemeinsamem Zweck zugrundeliegen kann. Als Beispiel führt KARTTE an: Die miteinander konkurrierenden Unternehmen A und B erwerben die Geschäftsanteile der GmbH G. Alsdann überlassen sie G für diesen Produktionszweig ihre Betriebsstätten. Schließlich erwirbt G das Vermögen des Unternehmens C. Für sich allein betrachtet seien, so führt KARTTE aus, die Vorgänge höchstens nach § 23 Ziffern 5, 4 und 2 GWB anmeldepflichtige Zusammenschlüsse, doch könnten sie zwischen A und B in dem Sinne abgesprochen worden sein, daß der Erwerb der Anteilsrechte, die Betriebsüberlassungsverträge und die Vermögensübernahme sich als Ausführungshandlungen in Bezug auf einen vorangegangenen Gesellschaftsvertrag des Inhalts darstellten, sich innerhalb der GmbH G in Zukunft gemeinsam geschäftlich zu betätigen. Dann liege den Ausführungsgeschäften ein Ver-

---

225.) vgl. Mestmäcker:Sind urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Kartelle? S.1o

226.) Rasch:Deutsches Konzernrecht S.62;Würdinger in WuW 1961,745ff

trag zu gemeinsamem Zweck zugrunde. Insoweit bestehen also keine Bedenken, die §§ 1 und 23 GWB nebeneinander anzuwenden.

Die gleichzeitige Anwendbarkeit könnte man auf das Argument zu stützen suchen, § 23 GWB solle sicherstellen, daß die Kartellbehörde auf jeden Fall von den dort genannten Vorgängen Kenntnis erhalte. Zusammenschlußtatbestände seien als besonders gravierende Wettbewerbsbeschränkungen zu betrachten und daher neben der Vorschrift des § 1 GWB einer besonderen Anzeigepflicht nach § 23 GWB unterworfen[229.]. Die Beseitigung oder erhebliche Einschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit, die die Vorgänge des § 23 zur Folge haben, so ließe sich argumentieren, beschränke den Wettbewerb stärker als ein Kartellvertrag, der den Beteiligten ihre rechtliche und wirtschaftliche Selbständigkeit belasse. Diese Ansicht ist mit dem Gesetz und seiner Entstehungsgeschichte unvereinbar.

Man kann in rechts- und wirtschaftspolitischen Betrachtungen sicherlich darüber streiten, ob die Konzentration einer strengen Kontrolle unterzogen, gegen sie mit besonderer Härte vorgegangen werden muß. De lege lata ist von dem im Gesetz klar zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers auszugehen, die Unternehmenszusammenschlüsse des § 23 einstweilen nicht von einer Zulassung seitens der Kartellbehörde abhängig zu machen, sondern sie nur den recht nachsichtigen Bestimmungen der §§ 23-24 zu unterwerfen[230.]. Der Katalog der Zusammenschlußtatbestände war in § 19 des Regierungsent-

---

227.) Würdinger a.a.O.S.747;Kartte in WuW 1963,565ff

228.) vgl. die vorhergehende Anmerkung

229.) vgl. Kartte in WuW 1963,565 ff(573),der allerdings selbst eine solche Argumentation für verfehlt hält.

230.) vgl. Kartte in WuW 1963,568 und 573.
Im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik (zu Bundestagsdrucksache II/3644) heißt es hierzu:"Der Ausschuß ist nach reiflicher Überlegung zu dem Ergebnis gelangt, daß die Einführung einer Erlaubnispflicht möglicherweise die vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus begrüßenswerte Tendenz zur optimalen Betriebsgröße an ihrer vollen Entfaltung hindern könne... Es erschien dem Ausschuß klarer, auf diesem schwierigen Gebiet zunächst volle Übersicht zu gewinnen und eine bloße Anmeldepflicht bestimmter Zusammenschlüsse zu stipulieren".

wurfs zunächst weiter gefaßt. Auf die in den parlamentarischen Beratungen geäußerten Bedenken gegen die ursprünglich vorgesehene Erlaubnispflicht hin hat man sie später durch eine bloße Anzeigepflicht ersetzt und dabei den Katalog der von § 23 GWB erfaßten Vorgänge zusammengestrichen. Daraus ergibt sich eindeutig, daß zumindest die in § 23 ausdrücklich erwähnten Vorgänge keiner Erlaubnispflicht nach § 1 unterworfen sein sollen[231.]. Ob der eingeschlagene Weg der richtige ist oder eine Inkonsequenz, ein Zurückweichen des Gesetzgebers vor der Macht der Wirtschaft und ihrer Interessenverbände darstellt, muß dahingestellt bleiben. Immerhin lassen sich gute Gründe für die getroffene Regelung anführen. Nicht zu weit vorzupreschen, praktische Erfahrungen mit dem Gesetz zu sammeln und zunächst die Konzentration, ihre Erscheinungsformen und Gründe durch eine Konzentrationsenquête[232.] näher zu erforschen. Ob man diesem Ziel mit der Konzentrationsenquête näher gekommen ist, muß man nach dem bisher allein vorliegenden zusammenfassenden Gesamtbericht[233.] allerdings zumindest bezweifeln.

2.) Sind die §§ 1 und 23 demnach nicht nebeneinander anwendbar und ist § 23 als lex specialis anzusehen[234.], so muß man zunächst prüfen, ob die Errichtung einer gemeinsamen Produktionsanlage sich unter eine der Ziffern des § 23 subsumieren läßt.

Gemeinschaftliche Neugründungen könnten allenfalls unter § 23 Ziffer 4 fallen. Danach ist anzeigepflichtig der Erwerb von Anteilsrechten jeder Art an anderen Unternehmen, sofern die Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen i.S.

231.) so auch BGH in WuW E/BGH 359 ff(Gasglühkörper); Frankf/Kom § 1 Rz 38; Möhring und Lieberknecht in Ufita 29,269ff(295)

232.) Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 3.12.1964(Bundesgesetzblatt 1964 I S.9)

233.) Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 28.2.1964,erstattet vom Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft in Frankfurt (Bundestagsdrucksache IV/2320)

234.) vgl. Fikentscher Anm. zum Gasglühkörperurteil des BGH in WuW E/BGH 366.

des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 % des stimmberechtigten Kapitals des anderen Unternehmens erreichen. In der Literatur ist die Frage, ob unter § 23 Ziffer 5 auch der Erwerb von Anteilsrechten bei der Neugründung eines Unternehmens fällt, umstritten.

Um über eine Anzeigepflicht den Anteilserwerb bei einer Neugründung wenigstens zur Kenntnis der Kartellbehörde gelangen zu lassen, wollen verschiedene Autoren § 23 Ziffer 5 anwenden[235.]. Dagegen spricht die außerordentlich enge Fassung der Bestimmung. Selbst einige zunächst in § 19 des Regierungsentwurfs noch genannte Zusammenschlußvorgänge sind in die endgültige Fassung nicht aufgenommen worden. Auch wäre nicht recht einzusehen, weshalb der Erwerb von geringeren Beteiligungen als 25 v.H. nicht anzeigepflichtig, ein darüber hinausgehender Beteiligungserwerb anzeigepflichtig sein sollte. Der entscheidende wettbewerbsbeschränkende Effekt tritt nicht zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und einem an ihm zu mehr als 25 v.H. beteiligten Gründerunternehmen, sondern zwischen den Gründern als Gruppeneffekt auf. Dabei ist die Höhe der Beteiligung belanglos. Man kann sogar argumentieren, je mehr Unternehmen an dem neugegründeten, wenn auch mit geringen Anteilen, beteiligt seien, umso größer sei die Breite des Gruppeneffekts. Eine Anzeigepflicht nach § 23 Ziffer 5 würde nur einen begrenzten Teil der Gemeinschaftsgründungen zur Kenntnis der Kartellbehörde bringen, und zwar durchaus nicht unbedingt den wettbewerbsrechtlich bedeutsamsten Teil.

3.) Noch nicht beantwortet erscheint mir mit der Ablehnung der Anwendung des § 23 Ziffer 5 auf Neugründungen die Frage, ob § 23 nicht doch durch einen Vergleich mit § 1 Rückschlüsse auf die wettbewerbsrechtliche Behandlung der Gemeinschaftsgründungen zuläßt.

Sicherlich sind nur die in § 23 besonders genannten Vorgänge anzeigepflichtig. Insoweit stellt die Vorschrift eine abschließende Regelung dar. Doch hat der Gesetzgeber,

---

235.) FrankfKom § 23 TZ 34; Goldmann in WuW 1963,379ff(381); Kartte in WuW 1963,565ff(568 Fußnote 1o);
a.A. Rasch in WuW 1961,79ff;
Weiser in WuW 1963,285ff(289);Götz in JuS 1963,384ff (388)

indem er die wichtigsten Fälle der Schaffung einer neuen Wirtschaftseinheit[236.] aus bereits bestehenden Unternehmen oder Teilen derselben (man denke an Teilfusionen, den Erwerb von Betriebsstätten, Betriebsüberlassungs- oder Betriebsführungsverträge über Betriebsstätten etc.) keiner Erlaubnis-, sondern nur einer Anzeigepflicht unterworfen hat, eine über den engen in § 23 ausdrücklich erfaßten Bereich hinausgehende Grundsatzentscheidung getroffen. Ebensowenig wie der Bestand bereits bestehender Unternehmen, selbst wenn sie marktbeherrschend sind und ihre marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzen (§ 22 Abs. 3 Ziff. 1 und 2 GWB), angetastet wird, soll die Schaffung einer neuen wirtschaftlichen Einheit einer Erlaubnispflicht unterworfen sein. Wird die Zusammenfügung bestehender Unternehmen oder Unternehmensteile trotz ihrer unbestreitbar wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen, werden bereits vorhandene marktbeherrschende Unternehmen in ihrem Dasein nicht angetastet, so muß das Gleiche konsequenterweise für die Neugründung von Unternehmen gelten. Die Gründung eines neuen Unternehmens muß der Behandlung bereits vorhandener oder durch Verflechtung nach § 23 entstehender Unternehmen gleichgestellt werden. Andernfalls würde die Neuerrichtung einer diskriminierenden Behandlung unterworfen, obwohl gerade durch sie ein neues Wirtschaftssubjekt geschaffen wird, was als Ausdruck unternehmerischer Dynamik volkswirtschaftlich besonders wertvoll erscheint.

Gemeinschaftsgründungen sind wie bereits bestehende oder durch Zusammenschluß entstehende Wirtschaftseinheiten nicht bei ihrer Gründung einer Erlaubnispflicht nach § 1 unterworfen, sondern werden nur nach § 22 in ihrem Marktverhalten überwacht. WEISER[237.] bezeichnet es als charakteristisch für die moderne europäische Gesetzgebung auf dem Gebiet der Wettbewerbsbeschränkung, daß Unternehmen frei gegründet werden können und erst im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Betätigung überprüft werden. Den Bestand der Unternehmen selbst

---

236.) vgl. Mestmäcker: Sind urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Kartelle? S.35ff; Möhring und Lieberknecht a.a.O. S.295ff.

237.) WuW 1963,291

muß die Kartellbehörde hinnehmen, eine Zerschlagung oder Auflösung ist nicht möglich. Nicht das Dasein der Unternehmungen, sondern nur ihr Verhalten kann bekämpft werden.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß § 22 GWB nur Wettbewerbsbeschränkungen erfaßt, die auf "tatsächlichen Gründen" beruhen (§ 22 Abs. 2 GWB). Errichten die Beteiligten, ohne vertragliche Vereinbarungen über ihr Verhalten im Wettbewerb zu treffen, ein Gemeinschaftsunternehmen, so liegt zwar ein Vertrag vor, die Gruppensolidarität aber beruht nicht auf vertraglichen Vereinbarungen, sondern auf dem "tatsächlichen Grund" des Bestehens des Gemeinschaftsunternehmens. Dessen Existenz ist eine Tatsache, die Wettbewerbsbeschränkungen zwischen seinen Gründern als Gruppeneffekt bewirken kann.

§ 1 trifft, und das zeigt dieser Vergleich mit den Bestimmungen der §§ 22, 23 deutlich, nicht die Schaffung eines wettbewerbsbeschränkend wirkenden Zustandes[238.], den einmaligen Rechtsakt der Gründung eines Unternehmens. Der Organisationsaufbau als solcher[239.] mit den dadurch hervorgerufenen faktischen Wirkungen wird von § 1 GWB nicht erfaßt. Nicht die Begründung eines Organisationsgebildes, über das die Beteiligten gemeinsam am Wirtschaftsprozeß teilnehmen und die dadurch bewirkte Wettbewerbsbeschränkung zwischen ihnen, sondern die Einflußnahme auf ihr Verhalten im Wettbewerb durch Willenseinigungen, unterfällt § 1 GWB[24o.].

238.) vgl. Fikentscher:Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.55ff

239.) Lukes a.a.O.S. 163

24o.) Biedenkopf (Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung S.97ff) spricht von einem Normenvertrag,Möhring (a.a.O.S.299ff) von normativ wirkenden Verhaltensregeln. Die Richtigkeit dieser Ansicht könnte sich nur erweisen,wenn man sich eingehend mit der Autonomie der Beteiligten zur Normsetzung befassen würde.

Lukes(a.a.O.S.151ff) unterscheidet zwischen den sogenannten Produktions- und Absatzeinteilungen und der Aufstellung von Regeln für gewerbliche Güter und Leistungen, die Teilen eines mit Dritten abzuschließenden Vertrages entsprechen. Eine Verpflichtung der Beteiligten zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten erachtet er für nicht wesensnotwendig für die von § 1 erfaßten Vereinbarungen. Wenn daraus allerdings häufig geschlossen wird, wie Gabriel (MA 196o,247ff) begnüge sich Lukes mit wettbewerbsbeschränkenden Vertragswirkungen, so geht das aus

Der abgrenzende Vergleich des § 1 mit den §§ 22,23 bestätigt somit für die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen die oben aus anderen Gründen allgemein für richtig erachtete Ansicht, § 1 seien bloß faktisch wettbewerbsbeschränkende Effekte nicht unterworfen.

Dazu in Widerspruch steht auch nicht die Behandlung der Syndikate. Neben Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts werden bei ihnen Abreden über den Aufbau einer organisatorischen Einrichtung, z.B. einer Vertriebsstelle, einer Einkaufszentrale oder einer zentralen Auftragsannahmestelle getroffen, die der besseren Durchsetzbarkeit und strafferen Überwachung der Einhaltung der vereinbarten Verhaltensweisen dienen[241.]. Das für den wettbewerbsbeschränkenden Vertrag des § 1 GWB Typische ist auch dort nicht in der Errichtung solcher Institutionen, sondern in der Willenseinigung über Verhaltensweisen im Wettbewerb zu erblicken.

4.) Als Ergebnis ist festzuhalten: Die gemeinsame Errichtung einer Produktionsanlage als solche und deren gemeinsamer Betrieb mit den dadurch faktisch bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen erfüllen nicht den Tatbestand des § 1 GWB[242.].

VII.) Die Wettbewerbsbeschränkung als Vertragsinhalt.

1.) Die für § 1 GWB erforderliche Willenseinigung über Wettbewerbsbeschränkungen kann auf verschiedene Weise erfolgen. Die herrschende Meinung[243.] verlangt rechtlich bindende Verpflichtungen der Beteiligten. Dafür wird angeführt, erst die rechtliche Bindung verleihe dem Kartellvertrag seine besondere Gefährlichkeit, da nur sie die Handlungsfreiheit der Wettbewerber einschränke. Wenn § 1 GWB Verträge wettbewerbsbeschränkenden Inhalts erfordere, könnten darunter nur

---

24o.) seinen Ausführungen m.E. nicht hervor. Zwar hält er schuldrechtliche Verpflichtungen für überflüssig, nicht aber eine Willensübereinkunft der Beteiligten produktions- oder absatzeinteilenden bzw. regelaufstellenden Inhalts.

241.) Lukes a.a.O.S. 293

242.) so u.a. ausdrücklich Müller-Henneberg in WuW 1963,892; vgl. auch "Kooperationsfibel" des BMWi S. 34

243.) vgl. die Literatur bei Ulmer in WuW 1962,3,Fußnote 4

schuldrechtliche Verträge verstanden werden. Rechtlich nicht bindende Vereinbarungen für unwirksam zu erklären, sei unnötig, da sie ohnehin der zivilrechtlichen Wirksamkeit entbehrten[244.].

Gegen diese Ansicht hat sich insbesondere LUKES mit eingehender Begründung gewandt[245.]. Wesentlich erscheint mir vor allem sein Hinweis darauf, von unverbindlichen Vereinbarungen könnten die gleichen Wirkungen auf die rechtlich geschützten Interessen Dritter ausgehen wie von rechtlich bindenden Verpflichtungen.

Wenn rein faktische Wirkungen als nicht genügend angesehen wurden, um einen in seinem Inhalt wettbewerbsneutralen Vertrag § 1 zu unterwerfen, so vor allem deshalb, weil man sich aus Gründen der Rechtssicherheit im Rahmen des § 1 nicht mit bloßen Wahrscheinlichkeitsurteilen hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung begnügen kann. Dem Erfordernis der Rechtssicherheit aber wird bereits Rechnung getragen, wenn man Willenseinigungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts verlangt, ohne daß diese den Charakter rechtlich bindender Verpflichtungen haben müßten. Entscheidend ist die Einigung der Beteiligten über ihr Verhalten im Wettbewerb, die auch aus einer unverbindlichen Abstimmung eindeutig erkennbar wird. Eine rechtliche Verpflichtung ist für § 1 ebensowenig erforderlich, wie eine nur tatsächlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkung genügend. Die Grenze liegt nicht zwischen den Verpflichtungen und den solche Verpflichtungen nicht begründenden Willenseinigungen, sondern zwischen diesen und den bloß faktischen Wirkungen. Die Beschränkung der Handlungsfreiheit der Beteiligten ist nicht entscheidend, hat der Gesetzgeber doch auch sonst Selbstbeschränkungen der eigenen Freiheit nicht verboten. Nicht die Beteiligten und ihre Freiheit, sondern die Interessen unbeteiligter Dritter, möglicherweise auch der Wettbewerb als Institution, sind Schutzobjekt des § 1 GWB[246.].

244.) Benkendorff in WRP 1962,313ff(315/316)

245.) a.a.O.S. 123ff und 132ff

246.) Lukes a.a.O.S.128;Koenigs in NJW 1961,1041ff mit weiteren Nachweisen.

Gegen die hier vertretene Auffassung bestehen speziell bei den Gemeinschaftsgründungen umso weniger Bedenken, als dort ein obligatorischer Vertrag, und zwar der Gesellschaftsvertrag vorliegt. Nur werden die wettbewerbsbeschränkenden Abreden der Beteiligten möglicherweise im Vertrauen auf die mit der Gemeinschaftsgründung verbundene Gruppensolidarität unverbindlich getroffen und nicht zu Vertragspflichten erhoben[247.)].

2.) Haben die Gründer sich weder ausdrücklich noch stillschweigend, weder verbindlich noch unverbindlich über eine Beschränkung des zwischen ihnen bestehenden Wettbewerbs geeinigt, so kann sich die Wettbewerbsbeschränkung doch aus dem Gesetz ergeben. Dabei ist insbesondere an das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB zu denken. Nach § 112 Abs. 1 HGB darf der Gesellschafter einer OHG ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer anderen gleichartigen Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen. Die Beteiligung als Kommanditist, als Aktionär oder als Gesellschafter einer GmbH ist ihm durch § 112 HGB nicht untersagt, sofern er die konkurrierende Gesellschaft nicht tatsächlich führt oder gar beherrscht, z.B. als Allein- oder Mehrheitsgesellschafter[248.)]. Das Wettbewerbsverbot trifft alle Gesellschafter einer OHG und die persönlich haftenden einer KG (§ 161 Abs. 2 HGB), gleichgültig, ob sie von der Geschäftsführung der Gesellschaft ausgeschlossen sind oder nicht[249.)].

§ 112 HGB enthält kein zwingendes, sondern dispositives Recht, da nach § 1o9 HGB die Vorschrift nur gilt, soweit im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt ist[25o.)]. Die Beteiligten können das gesetzliche Wettbewerbsverbot einschränken oder die Anwendung des § 112 HGB auch ganz ausschließen.

247.) Auch Benkendorff (a.a.O.S. 319), der im übrigen für § 1 eine Verpflichtung verlangt, erkennt an, die Wettbewerbsbeschränkung könne in neben einem obligatorischen Vertrage getroffenen gentlemen-agreements vereinbart werden.

248.) vgl. im einzelnen Weipert in RGRKom HGB § 112 Anm.5; Hueck: Recht der OHG S.124

Damit stellt sich die Frage, ob das auf dispositiver Gesetzesvorschrift beruhende Wettbewerbsverbot gleichwohl als vertragliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB anzusehen ist.

Nicht problematisch ist die Antwort, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend eine von § 112 HGB abweichende Regelung getroffen haben. Dann liegt unzweifelhaft eine vertragliche Willenseinigung vor. Das gleiche gilt, wenn die Beteiligten den Inhalt des § 112 HGB - abgestellt auf den besonderen Fall - in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen, eine § 112 HGB entsprechende Vereinbarung getroffen haben. Das Wettbewerbsverbot beruht in diesem Falle auch auf einer Willenseinigung der Partner, die sich über seinen Eintritt und Umfang geeinigt und von einer anderweitigen Ausgestaltung Abstand genommen haben.

§ 112 HGB greift darüber hinaus aber auch dann als dispositive gesetzliche Norm ein, wenn die Beteiligten keine besondere Regelung ihrer Wettbewerbstätigkeit vorgenommen haben, sei es, daß sie nicht daran gedacht, sei es, daß sie darauf vertraut haben, die Frage werde sich wegen der Gruppendisziplin ohnehin nicht stellen. Schließlich wird das gesetzliche Wettbewerbsverbot in den nicht seltenen Fällen von Bedeutung, in denen abweichende Parteivereinbarungen nur nicht nachweisbar sind.

Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB kann also ohne dahingehenden besonderen Willen der Beteiligten oder, wenn ein entgegenstehender Parteiwille nicht nachweisbar ist, Geltung erlangen. Insoweit ist die Bemerkung des BGH[251.], gesetzliche Wettbewerbsbeschränkungen könnten jeweils nur wirksam werden, wenn sie mit den gemeinsamen Vorstellungen der Gesellschafter übereinstimmten, also von dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter getragen seien, zumindest ungenau. Die Beteiligten brauchen nicht den gemeinsamen Willen, dem Wettbewerbs-

---

249.) Weipert in RGRKom HGB § 112 Anm. 2; Hueck a.a.O.S.123

250.) Weipert in RGRKom HGB § 112 Anm. 13; Magen in NJW 1961,148; Lieberknecht und Gnauk in BetrBer 1963,1067ff (1072)

251.) BetrBer 1963,250ff (252)(Bonbonniere)

verbot des § 112 HGB Geltung zu verschaffen, zu haben[252.].

§ 1 GWB unterfallen, wie bereits mehrfach betont wurde, nur vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und nicht solche, die auf Grund Gesetzes bestehen, ohne daß überhaupt eine Parteivereinbarung vorläge. Als Beispiele seien genannt: das gesetzliche Verbot unlauteren Wettbewerbs (UWG,RabG,ZugabeVO)[253.] sowie staatliche Konzessionen, die gesetzlich vorgeschrieben werden und den Wettbewerb beeinträchtigen.[254.]

Diesen gesetzlichen Beschränkungen ist das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB nicht gleichzustellen. Wenn es auch von konkretisierten gemeinsamen Vorstellungen der Beteiligten nicht getragen zu sein braucht, hat es doch einen Gesellschaftsvertrag zur Voraussetzung, beruht letztlich auf einer Willenseinigung der Beteiligten. Die Beteiligten einigen sich über die Gründung einer Gesellschaft, auf die, soweit nichts anderes vereinbart wird, die gesetzlichen Bestimmungen, die ihnen in allen Einzelheiten zumeist nicht bekannt sein werden, Anwendung finden sollen. Über die speziell gewollten treten sogenannte Gesetzeswirkungen[255.] aufgrund ergänzender Normen ein[256.], die nicht von einem auf ihren Eintritt konkretisierten Willen der Beteiligten umfaßt zu sein brauchen. Solche Gesetzeswirkungen werden selten in ihrer Gesamtheit, sondern bestenfalls in Bruchstücken von den Beteiligten vorgestellt. Sie beruhen auf dem generellen Willen der Beteiligten, einen dem gesetzlichen Regeltyp entsprechenden Vertrag abzuschließen. Zwar wird das Verbot des § 112 HGB kraft Gesetzes und nicht auf Grund speziell hierauf gerichteten Parteiwillens Inhalt des Ein-

252.) vgl. Lieberknecht und Gnauk (a.a.O.S.1072ff), die es für möglich halten, daß der BGH damit habe erkennen lassen wollen, wenn eine gemeinsame Vorstellung der Beteiligten über die Geltung des § 112 HGB nicht vorhanden sei, sei § 1 GWB mangels wettbewerbsbeschränkender Willenseinigung der Beteiligten nicht anwendbar. Wahrscheinlicher erscheint mir, daß der BGH sich mit der Frage gar nicht hat auseinandersetzen wollen, sondern davon ausgegangen ist, in dem zu entscheidenden Fall hätten die Beteiligten das Wettbewerbsverbot stillschweigend vertraglich vereinbart.

253.) Lukes a.a.O.S.125

254.) Borchardt-Fikentscher: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung S.22

255.) Lukes a.a.O.S. 257

zelvertrages. Da es jedoch im Belieben der Beteiligten liegt, ob sie überhaupt einen Gesellschaftsvertrag abschließen und wie sie die Vertragspflichten ausgestalten wollen, sind die durch § 112 HGB begründeten Verpflichtungen als Vertragspflichten anzusehen. So ist ihre Verletzung ohne Zweifel eine Vertragsverletzung. Es liegt eine vertragliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB vor[257.].

3.) Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB hat seinen Ursprung in der Treuepflicht der Gesellschafter. Es ist eine der Pflichten, in denen sich die Treuepflicht konkretisiert[258.], die ihrerseits auf dem über den bloßen Leistungsaustausch hinausgehenden, die Gesellschafter verbindenden engen Gemeinschaftsverhältnis basiert[259.]. Die Übergänge zwischen der gesellschaftlichen Treuepflicht und den aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sich ergebenden Pflichten sind allerdings fließend. Vielfach wird angenommen, die erhöhten Pflichten eines Gesellschafters, insbesondere die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote, seien Ausfluß von Treu und Glauben[26o.]. Für die vorliegende Untersuchung kommt einer differenzierten Betrachtung in diesem Punkt keine praktische Bedeutung zu[261.]

Aus der Treuepflicht bzw. aus § 242 BGB läßt sich, darüber bestent trotz aller Divergenzen im einzelnen wieder grundsätzlich Einigkeit[262.], auch ohne besondere gesetzliche Regelung und ohne dahingehende vertragliche Vereinbarungen u.U. -entscheidend sind letztlich die Umstände des konkreten Einzelfalls- ein Wettbewerbsverbot ableiten. So kann ein Ge-

---

256.) Enneccerus-Nipperdey:Allgem.Teil § 49 III

257.) vgl. Knur in DNotZ 1963,644;Götz a.a.O.S. 387 a.A. Gleiss und Hootz in NJW 1962,391

258.) Weipert in RGRKom HGB § 112 Anm.1; Hueck a.a.O.S.122; Magen in NJW 1961,147

259.) Hueck:Der Treuegedanke im modernen Privatrecht S. 5

26o.) Schlegelberger-Geßler § 165,Anm.1; Becher in NJW 1961, 1998; Gleiss und Hootz in NJW 1963,1339

261.) Staudinger-Weber § 242,A 246;Becher a.a.O.

262.) vgl. statt vieler Staudinger-Weber § 242,A 932

sellschafter einer BGB-Gesellschaft[263.], ein Kommanditist[264.], ein Genosse einer Genossenschaft[265.], kann der Gesellschafter einer personalistisch ausgestalteten GmbH[266.] einem Wettbewerbsverbot unterliegen. Hingegen sind die Aktionäre einer Aktiengesellschaft in der Regel keinem Wettbewerbsverbot unterworfen[267.].

Auch hier stellt sich die Frage, ob das aus der Treuepflicht oder aus § 242 BGB hergeleitete Wettbewerbsverbot wie das Verbot des § 112 HGB als vertragliche Wettbewerbsbeschränkung i.S. des § 1 GWB angesehen werden kann. Das wird von GLEISS und HOOTZ[268.] unter Berufung auf BECHER[269.] mit der Begründung verneint, das Wettbewerbsverbot beruhe auf zwingendem Gesetzesrecht, da § 242 BGB zwingender Natur sei. Die Treuepflicht stehe nicht zur Disposition der Gesellschafter, der Wettbewerb sei bereits durch Gesetz beschränkt.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Zwar ist der Grundsatz von Treu und Glauben insofern zwingender Natur, als er nicht von den Beteiligten vollständig oder in seinem Kerngehalt ausgeschaltet werden kann. Die Beteiligten können sich der Herrschaft dieses Grundsatzes nicht dadurch entziehen, daß sie von vornherein vereinbaren, § 242 BGB solle auf ihre Beziehungen zueinander keine Anwendung finden. Dem Einzelnen kann nicht die Freiheit eingeräumt werden, einen der fundamentalen Grundsätze des Rechts außer Kraft zu setzen[27o.]. § 242 BGB zieht insoweit der Vertragsfreiheit im Gemeinschaftsinteresse zwingende Grenzen. Doch verbietet er nicht etwa schlechthin jede vertragliche Regelung von Verpflichtungen, die ihren Ursprung im Grundsatz von Treu und Glauben haben.

263.) Staudinger-Weber Vorb.39a vor § 7o5 und § 242,A 943; Magen in NJW 1961,147ff;Becher a.a.O.

264.) Schlegelberger-Geßler § 165 Anm.2; Baumbach-Duden § 165 B; Magen in NJW 1961,147ff und in BetrBer 1963, 333ff; Weipert in RGRKom HGB § 165 Anm. 2.

265.) Staudinger-Weber § 242,A 26o

266.) Scholz:Kommentar zum GmbH-Gesetz § 3 Anm. 2o;Staudinger-Weber § 242,A 258; Magen in NJW 1961,147 ff.

267.) Fischer GroßKom AktG § 5o,Anm.8; Magen in NJW 1961,147ff.

268.) NJW 1962,391 und NJW 1963,1338ff

269.) NJW 1961,1998

Den Beteiligten bleibt ein weiter Spielraum für eine den Verhältnissen des Einzelfalles angepaßte vertragliche Ausgestaltung, wenn dadurch nur der Grundsatz von Treu und Glauben in seinem Kern unangetastet bleibt[271.].

Für das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB ist allgemein anerkannt, daß die Beteiligten es einschränken oder auch ganz ausschließen können[272.], sofern die Vereinbarungen nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten aber kann in der Abrede der Gesellschafter, sie seien befugt, sich selbst im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens zu betätigen, nicht gefunden werden.

Sind sogar die Gesellschafter einer OHG trotz § 112 HGB zu abweichenden Regelungen befugt, so muß das erst recht bei den Gesellschaftsformen gelten, für die der Gesetzgeber nicht ausdrücklich ein Wettbewerbsverbot normiert hat. Wenn eine Gesellschaftsform eines Wettbewerbsverbots bedarf, dann in erster Linie die OHG. Ist dort der Disposition der Gesellschafter bis zur Grenze eines Verstoßes gegen die guten Sitten freier Raum gegeben, muß das gleiche bei den anderen Gesellschaftsformen gelten. Die Beteiligten können auch hier den Weg, zum Gemeinschaftsunternehmen in Konkurrenz zu treten, freigeben.

Unter Hinweis auf die oben zu § 112 HGB gemachten Ausführungen kann daher festgestellt werden, daß auch ein aus der Treuepflicht oder § 242 BGB hergeleitetes Wettbewerbsverbot als vertragliche Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB anzusehen ist, da es auf den Willen der Beteiligten ankommt, ob das Wettbewerbsverbot Anwendung finden soll.

4.) Für den Fall der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit kann schließlich der Eintritt bestimmter, zwischen den Beteiligten vereinbarter Folgen vorgesehen werden, die den Gesellschaftern zum wirtschaftlichen Nachteil gereichen.

a.) Keine Besonderheiten gelten, soweit nachteilige Folgen mit einer Verletzung vertraglich festgelegter, wettbewerbsbe-

---

270.) Staudinger-Weber § 242, A 141

271.) Staudinger-Weber § 242, A 141;
vgl. auch Götz in JuS 1963,384ff (388)

272.) so Schlegelberger-Geßler § 112,Anm.1o;Weipert in RGRKom HGB § 112,Anm.13; vgl. auch Hueck:Recht der OHG 3.Aufl. S.141 ff

schränkender Vereinbarungen verbunden werden, die bereits selbst den Tatbestand des § 1 GWB erfüllen. Dann handelt es sich nur um zusätzliche, die Wettbewerbsbeschränkung intensivierende und sichernde Abreden. So war in einem vom BGH[273.] entschiedenen Fall neben einer Verpflichtung zu wettbewerbsbeschränkendem Verhalten außerdem vereinbart worden, der die Verpflichtung verletzende Beteiligte müsse auf seine Gesellschafterrechte sofort verzichten und kündigen. Mit Recht hat der BGH ausgeführt, die Verpflichtung zum Ausscheiden aus der Gesellschaft ändere nichts daran, daß der Gesellschafter bis zu seinem Ausscheiden wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen unterworfen sei. § 1 GWB solle die Unwirksamkeit eines Vertrages gerade auch für die Zeit herbeiführen, zu der noch keine Kündigung ausgesprochen sei. Der BGH konnte in dem konkreten Fall allein auf die übrigen wettbewerbsbeschränkenden Verpflichtungen abstellen, die den Tatbestand des § 1 GWB bereits erfüllten.

Problematisch wird die Anwendung des § 1 GWB erst, wenn die Gesellschafter sich damit begnügen, sich darüber zu einigen, der Betrieb eines Wettbewerbsunternehmens sei zwar nicht untersagt, wohl aber unvereinbar mit der Stellung als Gesellschafter, der Konkurrierende müsse aus der Gesellschaft ausscheiden.

Das Ausscheiden kann sich bei einer OHG oder KG dadurch vollziehen, daß die übrigen Gesellschafter den Konkurrierenden aus der Gesellschaft ausschließen. Bei einer GmbH kann in den Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen werden, die Gesellschaft sei, falls ein Gesellschafter in Wettbewerb zu ihr trete, zur Einziehung seines Geschäftsanteils berechtigt (§ 34 GmbHG). Auch die Satzung einer AG kann für diesen Fall zwangsweise Amortisation vorsehen (§ 192 AktG)[274.].

Der BGH hatte sich in einer Entscheidung vom 22.5. 1958, die die wettbewerbsrechtliche Problematik allerdings nur kurz streift[275.], mit der im Statut einer eingetragenen Ge-

273.) GRUR 1963, 46ff (Spar)
274.) vgl. BGHZ 9,163
275.) BGHZ 27,297 ff(3o4)

nossenschaft mbH enthaltenen Klausel zu befassen, wonach jeder Genosse die Pflicht hatte, "sich weder mittelbar noch unmittelbar an einem gleichen oder ähnlichen Unternehmen ohne Genehmigung des Vorstandes zu beteiligen". Im Gegensatz zum Berufungsgericht hat der BGH diese Bestimmung dahin ausgelegt, sie verbiete dem Genossen nicht, zur Genossenschaft in Wettbewerb zu treten, sondern erkläre nur den Betrieb eines Wettbewerbsunternehmens oder die Beteiligung an einem solchen für unvereinbar mit der Mitgliedschaft in der Genossenschaft. Der BGH hat darin keine verbotene Wettbewerbsbeschränkung gesehen. Zur Begründung hat er ausgeführt, es werde nicht die Einstellung einer Konkurrenztätigkeit der Genossen verlangt, sondern nur die Beibehaltung der Mitgliedschaft in der Genossenschaft mit der Konkurrenztätigkeit für unvereinbar erklärt.

In der Literatur äußert sich LUTZ[276.)] ohne nähere Begründung dahingehend, für den Fall, daß einer der Gesellschafter in Konkurrenz zu einer Arbeitsgemeinschaft, an der er beteiligt sei, trete, könne ein Kündigungsrecht vereinbart werden[277.)].

Richtig ist, daß, wenn die Aufnahme einer Konkurrenztätigkeit den Gesellschaftern nicht untersagt ist, kein Wettbewerbsverbot vorliegt. Da § 1 GWB aber ein striktes Wettbewerbsverbot nicht verlangt und eine bloße Beschränkung des Wettbewerbs genügen läßt, braucht das Wettbewerbsstreben der Beteiligten nicht ausgeschlossen, sondern nur verringert zu sein. Eine Wettbewerbsbeschränkung kann bereits dann vorliegen, wenn für bestimmte Wettbewerbshandlungen wirtschaftliche Nachteile vertraglich angedroht werden, die die Gesellschafter veranlassen können, die Wettbewerbshandlungen zu unterlassen.

276.) NJW 1960,1833 ff (1835)

277.) vgl. auch Knur (DNotZ 1963,651), der den Ausschluß eines konkurrierenden Gesellschafters für das geeignete Schutzmittel vor unliebsamem Wettbewerb hält. Es stehe nichts entgegen, so meint er, im Gesellschaftsvertrag festzulegen, daß dann, wenn ein Gesellschafter im Geschäftszweig der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar anderweitig tätig werde, die übrigen Gesellschafter, eine Gruppe von ihnen, ein einzelner Gesellschafter oder auch ein Dritter, das Recht haben sollten, einen solchen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, nur müsse eine vollwertige Abfindung gezahlt werden.

Dem BGH kann, sofern er allgemein ohne Differenzierung eine Konkurrenztätigkeit als Ausschlußgrund für nicht wettbewerbsbeschränkend erachten sollte, nicht gefolgt werden. Entscheidend ist, ob der eine Konkurrenztätigkeit aufnehmende Gesellschafter bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft benachteiligt wird[278.)], denn die Gefahr des Ausscheidens auf einer mehr oder weniger ungünstigen Abfindungsbasis kann ihn veranlassen, von der Aufnahme einer Konkurrenztätigkeit abzusehen.

Bei der Feststellung, ob ein für den Gesellschafter nachteiliges Ausscheiden vorliegt, kommt es zunächst auf die Höhe des Abfindungsentgelts an. Dies kann nach dem Wert, den ein Dritter für den Anteil aufwenden würde (Verkaufswert), bemessen sein, aber auch unter diesem Betrag liegen. So ist in zahlreichen Gesellschaftsverträgen der Ausschluß des konkurrierenden Gesellschafters gegen eine auf der Grundlage des Buchwerts des Gesellschaftsvermögens zu ermittelnde Abfindung vorgesehen.

Eine Benachteiligung kann ferner in ungünstigen Fälligkeitsbestimmungen für die Abfindungssumme oder darin liegen, daß zum Beispiel Marken, Waren- oder Geschäftszeichen, die Firma, der Kundenkreis, überhaupt der good-will des Unternehmens, den übrigen Gesellschaftern verbleiben, ohne daß dies bei der Bemessung des Abfindungsentgelts berücksichtigt würde. Notwendig ist eine Gesamtbetrachtung der Bedingungen, zu denen ein konkurrierender Gesellschafter ausscheiden muß.

Weiter unten wird die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit der statuarischen Festsetzung einer nichtäquivalenten Abfindung für einen konkurrierenden Gesellschafter wie die der gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote im allgemeinen, noch einmal aufzugreifen sein, um einen Ausgleich zwischen den gesellschaftsrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Interessen zu finden.

b.) Nicht nur die Verpflichtung zum Ausscheiden aus der das Gemeinschaftsunternehmen betreibenden Gesellschaft, sondern auch der Eintritt anderer wirtschaftlicher Nachteile

---

278.) Knur in DNotZ 1963,651

kann für den Fall in Aussicht gestellt werden, daß einer der Beteiligten bestimmte Wettbewerbshandlungen vornimmt, die ihm an sich nicht untersagt sind[279.]. Derartige Vereinbarungen sind, soweit sie unter den Gesellschaftern des Gemeinschaftsunternehmens getroffen werden, also horizontale Vereinbarungen darstellen[280.], ebenfalls vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen. Man kann hier in Anlehnung an die Formulierung in § 16 Abs. 1 GWB von einer wirtschaftlichen im Gegensatz zur rechtlichen Beschränkung sprechen[281.]. Die Vorteile oder Nachteile werden die Gesellschafter veranlassen, ihren Bedarf ausschließlich bei dem Gemeinschaftsunternehmen zu decken oder dieses ausschließlich zu beliefern, also miteinander beim Bezug oder Absatz nicht in Wettbewerb zu treten.

Nicht erfüllt ist der Tatbestand des § 1 GWB, wenn der Einkauf beim oder die Lieferung an das Gemeinschaftsunternehmen nur faktisch besonders günstig und vorteilhaft ist. Faktische Vorteile des Gemeinschaftsbezugs, die eine Folge der durch die Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens erzielten Produktivitätserhöhung oder darauf zurückzuführen sein können, daß das Gemeinschaftsunternehmen mit geringerer Gewinnmarge als dritte Unternehmen arbeitet, unterfallen wie auch andere faktische Wettbewerbsbeschränkungen nicht § 1 GWB[282.].

5.) Willenseinigungen über Wettbewerbsbeschränkungen können schließlich als Kartellbeschlüsse getroffen werden. Nach § 1 Abs. 2 GWB gilt als Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen auch der Beschluß der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind. Hingegen fallen Organbeschlüsse, z.B. Beschlüsse des Vorstandes einer AG, nur dann unter § 1 GWB, wenn sie auf Grund einer

279.) vgl. die Seite 74 der Arbeit genannten Beispiele

280.) Liegt hingegen keine Verständigung der Gesellschafter darüber vor, sondern werden die Nachteile oder Vorteile vom Gemeinschaftsunternehmen allen oder einzelnen Gesellschaftern eingeräumt, ohne daß diese sich dahingehend untereinander abgestimmt hätten, so scheidet § 1 GWB aus. Es kann allerdings der Tatbestand des § 25 Abs. 1 GWB erfüllt sein (vgl. hierzu Seite 73/74 der Arbeit.)

281.) vgl. Lukes in JuS 1962,161ff und 215ff(167);Benkendorff in WRP 1962,313ff (319)

Ermächtigung der Mitgliederversammlung ergehen. Dann ist die Konkretisierung der Wettbewerbsbeschränkung durch den Vorstand zusammen mit dem ihn hierzu ermächtigenden Beschluss der Mitgliederversammlung ein Beschluss im Sinne des §1 Abs.2 GWB[283.]. Liegt eine Ermächtigung nicht vor, so kann ein Vorstandsbeschluss allenfalls die Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens selbst beschränken[284.], doch weder rechtswirksame, noch unverbindliche Verpflichtungen für die Gründerunternehmen herbeiführen[285.]. Weitere Erörterungen zu den wettbewerbsbeschränkenden Beschlüssen erübrigen sich hier[286.]. In den vorhergehenden und folgenden Erörterungen ist nur von "Verträgen" die Rede, womit auch Kartellbeschlüsse gemeint sind.

6.) Zusammenfassend kann nunmehr festgestellt werden, dass Wettbewerbsbeschränkungen §1 dann unterliegen, wenn die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend, in Form einer rechtlichen Verpflichtung oder als gentlemen-agreement Willensübereinkünfte wettbewerbsbeschränkenden Inhalts treffen, worunter auch aufgrund gesetzlicher Bestimmungen oder der Treuepflicht bestehende Wettbewerbsverbote zu rechnen sind, oder schliesslich für den Fall einer Ausübung einer Konkurrenztätigkeit Nachteile angedroht oder für solidarisches Verhalten Vorteile versprochen werden. Die folgenden Erörterungen können auf diese über die Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens als solche hinausgehenden Vereinbarungen beschränkt werden.

VIII. Die Wettbewerbsbeschränkung als gemeinsamer Zweck.

1.) In der Literatur wird vielfach die Auffassung vertreten, die Wettbewerbsbeschränkung müsse vom gemeinsamen Zweck des Vertrags umfasst werden[287.] Der Gesetzgeber des GWB habe,

---

282.) a.A. wohl Ewald in WuW 1956,253ff(258); wie hier Westermann: Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf S.19

283.) Müller-Henneberg in GemKom §1, Anm.14; Held: Rechtsformen zulässiger Kartelle S.30; vgl.auch Lukes a.a.O.S.89; a.A. wohl Gleiss in BetrBer 1950,887ff(888)

284.) Eine solche Beschränkung fällt, wie oben S.51 ausgeführt, nicht unter §1 GWB.

285.) Müller-Henneberg a.a.O.; Held a.a.O.

286.) vgl.auch S.74/75 der Arbeit

so wird argumentiert,an die zur Zeit der Geltung der KartVO 1923 herrschende Meinung,die in dem gemeinsamen Zweck der Wettbewerbsbeschränkung ein wesentliches Kartellmerkmal erblickt habe, und an den wirtschaftswissenschaftlichen Kartellbegriff angeknüpft[288.]. Genüge ein beliebiger gemeinsamer Zweck,so sei keine klare Unterscheidung zwischen den Tatbeständen der §§1ff und 15ff GWB erkennbar und nicht verständlich,welchen kartellrechtlich relevanten Sinn das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks haben solle[289.]. Nur wenn der gemeinsame Zweck auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet sei,werde er zu einem kartelltypischen Element.Dann sei es möglich,aus dem Anwendungsbereich des weitgefassten §1 GWB die Fälle auszuscheiden,die nicht dem "gesetzlichen Leitbild"[290.] entsprächen und für die die Rechtsfolgen des §1 nicht angemessen seien.

Dabei denkt man insbesondere an wettbewerbsbeschränkende Abreden im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen.So betonen MÜLLER-GRIES[291.], der Zweck eines Gemeinschaftsunternehmens sei auf die gemeinsame Erfüllung von Aufgaben gerichtet, die sich aus Gründen der Arbeitsteilung ergäben[292.]. RITTNER will auf die Unterscheidung zwischen einem Förderungszweck und dem Zweck der Wettbewerbsbeschränkung abgestellt wissen[293.].

Nicht eindeutig zu ersehen ist aus den obigen Äusserungen,ob als genügend erachtet wird,wenn der Vertragszweck nur unter anderem auf eine Wettbewerbsbeschränkung gerichtet ist und daneben "gleichrangig" wettbewerbsneutrale Zwecke

---

287.) Müller-Henneberg in GemKom Vorb §1,Anm.1; §1,Anm.16 u. in WuW 1963,878; Müller-Gries §1,Anm.21; Langen §1 II4; Frankf Kom §1,TZ 8; Lieberknecht und Gnauk a.a.O. S. 1068ff; Gleiss und Hootz in NJW 1963,1338ff(1339)

288.) Müller-Henneberg in GemKom Vorb §1,Anm.1 und §1,Anm.16

289.) so eingehend Lieberknecht und Gnauk a.a.O. S.1070

291.) §1,Anm.21 290.) Lieberknecht u.Gnauk a.a.O.S.1068

292.) ähnlich Langen a.a.O.; Magen a.a.O.; Gleiss und Hootz a.a.O.; Lieberknecht und Gnauk a.a.O. S.1068

293.) Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung S.169

verfolgt werden[294.] oder ob die Wettbewerbsbeschränkung Hauptzweck oder gar alleiniger Vertragszweck sein muss[295.]

Die Gegenmeinung vertritt die Auffassung, der gemeinsame Zweck in §1 GWB könne ein beliebiger, wettbewerbsneutraler sein[296.].

Der BGH führt in seinem "Gasglühkörper-Urteil"[297.] unter Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf[298.] aus, der Gesetzgeber habe bewusst auf das objektive Merkmal der Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Wettbewerbsbeschränkung abgestellt. Damit solle dem Ziel einer umfassenden Bekämpfung wettbewerbsbeschränkender Verträge sowie praktischen Schwierigkeiten, die bei dem Erfordernis subjektiver Voraussetzungen sich ergeben könnten, Rechnung getragen werden. Es genüge die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung. Auf dieses Urteil bezieht der BGH sich ohne weitere Ausführungen in seiner Entscheidung vom 6.12.1962 (Bonbonniere)[299.].

Den Entscheidungen glaubt MÜLLER-HENNEBERG[300.] entnehmen zu können, der BGH habe ausdrücklich nur bezüglich der Marktbeeinflussung, nicht jedoch der Wettbewerbsbeschränkung festgestellt, dass sie vom gemeinsamen Zweck nicht umfasst zu werden brauche. MÜLLER-HENNEBERG ist darin zuzustimmen, dass der BGH zwischen den Tatbestandsmerkmalen der Wettbewerbsbe-

---

294.) so wohl Müller-Henneberg in GemKom §1, Anm.16; FrankfK §1, Anm.8

295.) so wohl Rasch: Kommentar zum GWB §1, Anm.6 u. in WuW 1962, 233ff; Lieberknecht u. Gnauk a.a.O. unterstellen §1 nicht die Verträge, die "primär anderen wirtschaftlichen Zwecken dienen" (S.1071), dürften danach also nicht genügen lassen, wenn die Wettbewerbsbeschränkung als Sekundärzweck verfolgt wird. An anderer Stelle führen sie jedoch aus, §1 sei selbverständlich anwendbar, wenn der Vertrag über den typischen Tatbestand der Gründung einer OHG hinaus auch den Zweck verfolge, den Wettbewerb zwischen den Gesellschaftern zu regeln (S.1071). Ihre Ausführungen sind also nicht frei von Widersprüchen.

296.) BKartA in WuW 1963,1044(Gema); Baumbach-Hefermehl §1, Anm.17; Rinck: Wirtschaftsrecht Anm.618; Laufke in Ufita 35,294; Lukes a.a.O. S.113; Fikentscher: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.70, WuW 1960,680 und WuW E/BGH 367; Kartte in WuW 1963,565ff; Ballerstedt in JuS 1963,263; Götz in JuS 1963,387; Klaue in BetrBer 1964,331

297.) WuW E/BGH 359ff

298.) Bundestagsdrucksache II/1158 S.31

299.) BetrBer 1963,250ff

300.) GemKom §1, Anm.16

schränkung und Marktbeeinflussung nicht genau unterschieden hat. Doch ergibt sich aus seinem Urteil eindeutig, dass er subjektiven Momenten keine Bedeutung beimisst und jeden Vertrag mit einem beliebigen gemeinsamen Zweck als dem §1 GWB unterworfen ansieht, sofern die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind[301.]. Andernfalls hätte der BGH eingehende Feststellungen darüber treffen müssen, ob in dem zu entscheidenden konkreten Fall der gemeinsame Zweck sich auf die Wettbewerbsbeschränkung bezog, was zumindest in dem Bonbonniere-Fall, in dem nur ein gesetzliches Wettbewerbsverbot vorlag, zweifelhaft war. Nahm der BGH eine solche Prüfung nicht vor, so ist daraus zu schliessen, dass er sie für nicht erforderlich hielt, zumal ihm die Streitfrage, wie aus den Urteilen zu ersehen ist, durchaus bekannt war.

2.) Bevor zu der Problematik und ihrer Bedeutung für die Zulässigkeit von wettbewerbsbeschränkenden Willenseinigungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen Stellung genommen wird, sei wenigstens kurz allgemein darauf eingegangen, was unter dem Zweck eines Vertrages zu verstehen ist.

Der Zweck ist kein Rechts-, sondern ein soziologischer Grundbegriff[302.]. Menschliches Handeln ist nicht blind und planlos, sondern auf eines oder mehrere Ziele hin ausgerichtet. Der Mensch wird zweckhaft tätig, um seine Ziele zu erreichen. WELZEL[303.] spricht von der Finalität menschlicher Handlungen und stützt darauf seine für den Verbrechensaufbau bedeutungsvolle und heftig diskutierte finale Handlungslehre. Auch dem Abschluss eines Vertrages liegen bestimmte Zweckvorstellungen der Beteiligten zugrunde, Ziele, die sie sich gesetzt haben und die sie mit dem Vertrag und dem vertragsgemässen Verhalten erreichen wollen. Der Zweckbegriff ist insofern ein subjektives Element[304.]. Er bezeichnet kein Geschehen der Aussenwelt, sondern die innere Ausrichtung der Handlungen, die in der Aussenwelt vorgenommen werden.

301.) So werden die Urteile auch ganz überwiegend aufgefasst (vgl. Fikentscher in WuW E/BGH 367); Gleiss-Hootz a.a.O.; Lieberknecht und Gnauk a.a.O.

302.) vgl. Staudinger-Kessler Vorb. §705, Anm. 26, der auf Thomas von Aquin: "Alles Tätige ist zweckhaft tätig (Omne agens agit propter finem)" hinweist.

303.) Das Deutsche Strafrecht S. 28ff

304.) Lukes a.a.O. S. 113

Das bestreiten auch LIEBERKNECHT und GNAUK[305.] nicht, wenn sie in Übereinstimmung mit MÖHRING[306.] auf den "verobjektivierten Vertragszweck" abstellen. Mit dem etwas verwirrenden Ausdruck ist nicht gemeint, der Zweck sei als eine Erscheinung der Aussenwelt objektiver Natur. Vielmehr soll damit nur zum Ausdruck gebracht werden, der Vertragszweck sei objektiviert, vom Standpunkt eines objektiven Dritten aus betrachtet, zu ermitteln. Es geht also nicht um die Natur des Vertragszwecks, sondern um die Art seiner Feststellung im Rahmen einer Tatbestandsprüfung.

z.) Einem Vertrag können durchaus verschiedene Zwecke als subjektive Handlungselemente zugrundeliegen. Die Beteiligten können sich mehrere Ziele gesetzt haben, die kumulativ verfolgt werden oder zueinander in einem Stufenverhältnis stehen können, indem ein Ziel das Mittel zur Erreichung eines weiteren Ziels bildet[307.]. Eine Häufung verschiedener Ziele findet sich auch bei der Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens. Wenn die Unternehmen A und B, die bisher jeweils eigenständig einen Artikel hergestellt haben oder in Zukunft hergestellt hätten, einen Vertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Produktionsstätte schliessen, so kann damit u.a. bezweckt werden, gemeinsam zu produzieren, infolge der Gemeinschaftsproduktion rationeller und billiger zu arbeiten, die eigene Produktion einzustellen oder mit der des Gemeinschaftsunternehmens zu koordinieren, die ersparten Kosten zu neuen Investitionen zu verwenden oder aber die Ersparnisse ganz oder teilweise dem Kunden zugutekommen zu lassen, um so einen grösseren Absatz zu erzielen. Die verschiedenen Zweckvorstellungen können bei A und B gemeinsam oder auch nur bei einem von ihnen gegeben sein. So kann das Unternehmen A bezwecken, die Rationalisierungsgewinne an die Kunden weiterzugeben, das Unternehmen B, sie für neue Investitionen zu verwenden.

Aus der Sicht eines Aussenstehenden lässt sich kaum erkennen, ob die gesetzten Ziele in einer Stufenfolge zueinander stehen und wie dieses Stufenverhältnis angeordnet ist. So kann man zweifeln, ob die Einstellung der eigenständigen

---

305.) a.a.O. S.1069 306.) NJW 1963,134ff

307.) vgl. Müller-Henneberg in GemKom §1, Anm.16. Als Beispiel führt Welzel (S.29) an, eine Tötungshandlung könne den Tod des Opfers bezwecken, mit dem wiederum die Beerbung des Toten erreicht werden solle.

Produktion das Mittel für eine rentable Gemeinschaftsproduktion,diese also "Endzweck" ist,oder ob die Gemeinschaftsproduktion erst die Aufgabe der eigenen Produktion ermöglichen,der "Endzweck" somit in einer Wettbewerbsbeschränkung zu erblicken ist.

Ebenso schwierig wie der "Endzweck" einer Stufenfolge zu ermitteln ist,lässt sich ein bestimmter "Hauptzweck",der "eigentliche Vertragszweck",feststellen.Die einzelnen Ziele mögen den Beteiligten nicht gleich wichtig sein.Ein aussenstehender Dritter aber wird kaum in der Lage sein,ihre Rangfolge zu bestimmen.Das Streben der Beteiligten ist nicht auf unabhängig nebeneinander bestehende Ziele gerichtet,die klar voneinander abgesetzt wären,sondern auf einen vielfältig ineinander verwobenen und verflochtenen Zielkomplex.Theoretisch mag man die Ziele voneinander scheiden und trennen,sie in Haupt- und Nebenzwecke,den eigentlichen Vertragszweck und Sekundärzwecke,den Endzweck und vorgeschaltete Motive[308.] zergliedern können.Den tatsächlichen Gegebenheiten wird man damit nicht gerecht.[309.]

Wie will man zum Beispiel bei einer Rationalisierungsvereinbarung feststellen,ob das Rationalisierungsstreben oder der Zweck der Wettbewerbsbeschränkung im Vordergrund der Zielsetzung der Beteiligten stehen?Wenn solche Feststellungen überhaupt getroffen werden können,dann ist zumindest eine Verwaltungsbehörde und sind die Gerichte damit überfordert.Selbst die Beteiligten werden sich oft nicht darüber klar geworden sein,was sie primär bezwecken,greifen die verschiedenen Ziele doch ineinander über und bilden ein einheitliches Ganzes,das sich einer Aufschlüsselung weitgehend entzieht.Bereits die Feststellung,ob ein subjektives Tatbestandsmerkmal überhaupt vorliegt,ist nur schwer zu treffen,wie in Strafprozessen immer wieder festgestellt werden muss.Um wieviel schwerer muss dann erst die Feststellung sein,welches von mehreren Zielen den Beteiligten das primäre ist.Sogar ein Psychologe kann hier scheitern! Der Begriff des "verobjektivierten" Vertragszwecks hilft ebenfalls nicht weiter,denn auch aus den objektiven Umständen des Einzelfalles ist ein zwingender Schluss auf eine Rangfolge der subjektiven Zielrichtungen kaum möglich.

308.) vgl.FrankfK §15,TZ 7; hiergegen Müller-Henneberg in GemKom §1,Anm.16

Bereits zur Zeit der Geltung der KartVO 1923 wurde darauf hingewiesen,dass mit einem Vertrag verschiedene Zwecke gleichzeitig verfolgt werden könnten und nicht auf den "eigentlichen Vertragszweck" abzustellen sei[310.].Schon HAUSSMANN[311.]hat sich gegen die Anwendung des Absorptionsprinzips bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Gemeinschaftsunternehmen und dagegen gewandt,den sogenannten Hauptbestandteil eines Vertrages als entscheidend anzusehen.Manchmal sei, so führt er aus,nicht mehr zu unterscheiden,was Haupt- und Begleiterscheinung sei,es lägen echte Doppeltatbestände vor. Obwohl diese Äusserungen noch unter dem Eindruck der Diskussion um die typologische Scheidung des Kartells vom Konzern standen,erkannte HAUSSMANN,dass verschiedengestaltige objektive und subjektive Momente gerade bei der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen ineinander verwoben und kaum ohne Zwang voneinander zu trennen sind.

Kommt man nunmehr auf den Tatbestand des §1 GWB zurück, so ergeben sich weder aus seinem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[312.]irgendwelche Anhaltspunkte dafür,dass zwischen primären und sekundären Zwecken zu unterscheiden sei[313.].Andernfalls müsste zum Beispiel bei Rationalisierungsvereinbarungen jeweils ermittelt werden,ob in erster Linie eine Rationalisierung oder eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt werde.Solche Erwägungen sind zwar zur Zeit der Geltung der KartVO 1923 mit dem Ergebnis angestellt worden,Rationalisierungsvereinbarungen seien nicht als Kartelle anzusehen[314.], mit dem GWB aber sind sie nicht vereinbar.Nach §5 Abs.2 Satz 2 GWB soll der Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis zu der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung stehen.Die Abwägung der Vor- und Nachteile[315.]hat jedoch eindeutig im objektiven Bereich zu erfolgen,und zwar nicht mit dem Ziel, festzustellen,ob überhaupt ein Fall des §1 GWB vorliegt,sondern

309.) Ballerstedt in JuS 1963,254

310.) KartG in KartRdsch 1927,561; Herzog in KartRdsch 1930,272

311.) KartRdsch 1928,416ff

312.) vgl.hierzu Lieberknecht und Gnauk a.a.O.

313.) Langen(WuW 1960,673) hat mit Recht dargelegt,man dürfe sich nicht fragen,wieviel Prozent Kartellgift ein Vertrag enthalten dürfe.

ob nach §5 GWB die erforderliche Erlaubnis erteilt werden kann.

Entsprechendes muss für ein Gemeinschaftsunternehmen gelten. Hier sind Überlegungen, ob primär ein unternehmerischer oder wettbewerbsbeschränkender Zweck verfolgt werde, im Rahmen des §1 GWB ebenso unnötig und mit der gesetzlichen Bestimmung unvereinbar wie bei den Rationalisierungsvereinbarungen die Überlegung, ob in erster Linie eine Rationalisierung oder eine Kartellierung bezweckt werde.

4.) Ist demnach nicht erforderlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung den "eigentlichen Vertragszweck", den "Hauptzweck", bildet, so ist noch nicht entschieden, ob sie nicht von den Beteiligten wenigstens überhaupt gemeinsam bezweckt sein muss.

Die gleichen praktischen Schwierigkeiten, die den Gesetzgeber des GWB bewogen haben, nur auf die objektive Eignung zur Marktbeeinflussung abzustellen, sprechen dafür, dass die Wettbewerbsbeschränkung ebenfalls nicht bezweckt zu sein braucht.

Die Beteiligten müssen, wie oben ausgeführt wurde[316.], Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts getroffen haben. Damit ist die Wettbewerbsbeschränkung bereits Gegenstand der Tatbestandsprüfung nach §1 GWB und zwar als vertragsinhaltliche Vereinbarung. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sie ausserdem noch vom gemeinsamen Zweck umfasst sein müsste, der Gesetzgeber das zu marktbeeinflussenden Aussenwirkungen geeignete Mittel der Wettbewerbsbeschränkung gleichzeitig als subjektives Vertragsziel verlangt haben sollte. Ein subjektives Tatbestandsmerkmal neben einem objektiven wäre nur dort sinnvoll, wo es um die Frage der Vorwerfbarkeit, also um deliktisches Verhalten, geht, nicht aber dann, wenn ein zu bestimmten Aussenwirkungen geeigneter Vertrag für unwirksam erklärt wird.[317.]

LIEBERKNECHT und GNAUK glauben, durch das Erfordernis des gemeinsamen Zwecks der Wettbewerbsbeschränkung könne die Anwendbarkeit der weitgefassten Bestimmung des §1 GWB auf die

---

314.) vgl. RGZ 128,11ff und die von Mestmäcker (JZ 1953,329) zitierte Literatur

315.) Deringer in GemKom §5, Anm. 76 316.) vgl. S.84ff d. Arbeit

317.) vgl. Lukes a.a.O. S.113, der darauf hinweist, dass die strafrechtlichen Massnahmen, die an den Kartellbegriff anknüpfen, ohnehin ein Verschulden voraussetzen.

dem "gesetzlichen Leitbild" entsprechenden Fälle beschränkt, könnten weniger gefährliche Vereinbarungen dem Bereich des §1 GWB entzogen werden[318.]. Dieser Hinweis geht m.E. fehl. Einmal wird eine von den Beteiligten vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung dadurch, dass sie gemeinsam bezweckt wird, für die Marktgegenseite kaum gefährlicher. Zum anderen werden in der überwiegenden Anzahl von Fällen die Beteiligten Wettbewerbsbeschränkungen, über die sie sich vertragsinhaltlich geeinigt haben, auch gemeinsam bezwecken[319.]. Nur wird das schwer nachweisbar sein. Nicht besonders bezweckt sein mögen gesetzliche Wettbewerbsverbote, wenn die Beteiligten nicht an ihr Eintreten gedacht haben. Würde man jedoch solche Beschränkungen mittels des Zweckerfordernisses im Gegensatz zu besonders vereinbarten Wettbewerbsverboten dem Geltungsbereich des §1 GWB entziehen, so würde man Gleiches unterschiedlich behandeln. Im Gegensatz zu LIEBERKNECHT und GNAUK bin ich der Auffassung, dass sich auf diese Weise das Problem der Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen nicht lösen lässt. Das Erfordernis der gemeinsam bezweckten Wettbewerbsbeschränkung würde die Anwendung des §1 GWB kaum nennenswert einengen.

LIEBERKNECHT und GNAUK[320.] weisen schliesslich ebenso wie MÜLLER-HENNEBERG[321.] darauf hin, dass das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks bei der hier vertretenen Ansicht keinerlei kartellrechtlich relevanten Inhalt habe. Dem wird man, wenn man seine Bedeutung nicht in der Abgrenzung des §1 von den §§15ff GWB sieht[322.], wenig entgegnen können. So ist denn auch LUKES[323.] ebenso wie BALLERSTEDT[324.] der Ansicht, der gemeinsame Zweck habe neben der Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung keinerlei Bedeutung[325.].

318.) a.a.O. S.1068,1071 319.) vgl. Rasch in WuW 1961,79ff

320.) a.a.O. S.1070 321.) GemKom §1,Anm.15

322.) so Fikentscher in Festschrift für Hueck S.543ff

323.) a.a.O. S.113 324.) JuS 1963,262/263

325.) vgl.auch Langen(WuW 1960,677),der die Unterscheidung Gesellschaftsvertrag-Austauschvertrag letztlich für nicht brauchbar hält.
Hefermehl(Baumbach-Hefermehl §1,Anm.18) ist der Auffassung,§1 GWB erfordere keinen Gesellschaftsvertrag,wohl aber einen gemeinschaftlich verfolgten Zweck.

Seine Aufnahme als Tatbestandsmerkmal in §1 GWB erklärt sich wohl daraus,dass man den Kartellvertrag zur Zeit der Geltung der KartVO 1923 als Gesellschaftsvertrag oder gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis ansah.Die Gesellschaft war ein vertrauter Rechtsbegriff und in der Regel waren Kartellverträge Gesellschaftsverträge,sodass man darin ein kartelltypisches Merkmal erblickte.In §1 GWB ist das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks im Grunde ein überflüssiges Relikt.Der Kartellvertrag wird nicht von der rechtlichen Vetragsform und dem Organisationstypus her,sondern von seiner Funktion im Wirtschaftsleben (Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung) entscheidend geprägt.

5.) Zusammenfassend kann festgestellt werden:Für §1 GWB ist nicht erforderlich,dass eine Wettbewerbsbeschränkung den Hauptzweck des Vertrages bildet,vielmehr braucht sich der gemeinsame Zweck nicht einmal auf die Wettbewerbsbeschränkung als Nebenzweck zu erstrecken.Im subjektiven Bereich,vom Vertragszweck her,lässt sich eine Nichtanwendung des §1 GWB auf von den Gründern eines Gemeinschaftsunternehmens geschlossene wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht begründen.

IX.) Die Wettbewerbsbeschränkung als Horizontalvertrag.

1.) Besondere Aufmerksamkeit sei noch einmal den im Rahmen sogenannter Produktions- oder Verarbeitungsgemeinschaften getroffenen Vereinbarungen wettbewerbsbeschränkenden Inhalts geschenkt.Die Wettbewerbsbeschränkungen können dabei entweder von den Gesellschaftern untereinander vereinbart werden oder in getrennten,jeweils zwischen einem von ihnen und dem Gemeinschaftsunternehmen geschlossenen Verträgen (zum Beispiel Ausschliesslichkeitsabreden) enthalten sein.Dann kann die Anwendung des §1 GWB in Ermangelung eines zwischen den Vertragspartnern bestehenden Horizontalwettbewerbsverhaltnisses zweifelhaft sein.

§1 GWB verlangt ein zwischen den Vertragspartnern bestehendes und durch den Vertrag beschränktes Verhältnis aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs[326.]. Die Vertragspart-

326.) OLG Hamburg in WuW E/OLG 352; Müller-Henneberg in GemKom §1,Anm.18; Lukes in JuS 1963,162 N6 u. 217 N83; Rittner in Betrieb 1957,1091ff(1094) u. in:Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Be-

ner müssen auf der gleichen Wirtschaftsstufe,in einheitlicher Marktfront stehen[327.].Andernfalls würde das Tatbestandsmerkmal des gemeinsamen Zwecks das alleinige Unterscheidungskriterium zwischen den §§1ff und den §§15ff GWB sein[328.].Dagegen bestehen,wie bereits erwähnt,erhebliche Bedenken.Sein besonderes Gewicht erhält ein von §1 GWB erfasster Vertrag gegenüber den Verträgen der §§15ff vielmehr dadurch,dass er zwischen Wettbewerbern abgeschlossen wird,eine funktionell gleichgerichtete Tätigkeit der Wettbewerber koordiniert oder eliminiert wird.Die Willenseinigung von Unternehmen,die miteinander vor Vertragsschluss in Wettbewerb standen oder ohne den Vertrag in Zukunft möglicherweise gestanden hätten,das Arrangement über eine Beschränkung des zwischen ihnen bestehenden Horizontalwettbewerbs birgt besondere Gefahren in sich und rechtfertigt die strenge Vorschrift des §1 GWB[329.].Schliessen einige der Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens unabhängig voneinander und ohne,dass sie dies vorher miteinander abgestimmt hätten,ihr Wettbewerbsstreben beschränkende Verträge mit dem Gemeinschaftsunternehmen,so erfüllen die Verträge nicht den Tatbestand des §1,sondern allenfalls der §§15ff GWB.

Es bedarf allerdings,worauf mit Nachdruck hingewiesen sei,namentlich dann,wenn die Einzelverträge inhaltlich ganz oder weitgehend übereinstimmen,von allen Gesellschaftern abgeschlossen werden oder in zeitlichem Zusammenhang miteinander stehen,sehr sorgfältiger Prüfung,ob ihnen nicht eine Einigung der Gesellschafter zugrundeliegt,die die parallelen Einzelverträge bündelt[330.].Eine solche Einigung der Beteiligten,die stillschweigend erfolgen kann,stellt eine horizontale Querverbindung zwischen den vertikalen Separatverträgen her[331.].

326.) trachtung S.45/46; Walther in WRP 1958,33; Funke:Der Begriff des Kartells nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diss. Münster 1956 S.27

327.) Etwas anderes mag gelten,wenn vertikal zueinander angeordnete Verbände und nicht wie hier einzelne Unternehmen Wettbewerbsbeschränkungen verabreden(vgl.Müller-Henneberg in GemKom §1,Anm.17

328.) Fikentscher in Festschrift für Hueck S.548ff

329.) vgl. Rittner in Betrieb 1957,1094

330.) vgl. Rautenberg in NJW 1959,2238

331.) vgl. BKartA in WuW E/BKartA 722(Armaturen); Rittner in Betrieb 1957,1091ff(1095)

Die kollektive Willensbildung, der gemeinsame Entschluss, gemeinsam zu handeln, in dessen Verfolgung parallele Einzelverträge abgeschlossen werden, darf nicht ignoriert werden und hinter einer mehr formellen Betrachtung zurücktreten. Zwischen den jeweiligen Vertragspartnern des Gemeinschaftsunternehmens abgestimmte und durch diese Abstimmung gebündelte Verträge sind dem Geltungsbereich des §1 GWB nicht entzogen.

2.) An einer Beschränkung des Horizontalwettbewerbs unter den Vertragspartnern fehlt es ferner bei Beschränkungen, denen das Gemeinschaftsunternehmen selbst unterworfen wird. Bereits oben[332.)] wurde der Standpunkt vertreten, in diesen Fällen sei keine Marktbeeinflussung gegeben, da eine neue Marktalternative, wenn auch mit limitiertem Tätigkeitsbereich, geschaffen werde. Folgt man dem nicht und sieht man mit dem Bundeskartellamt[333.)] auch eine Vermehrung der Auswahlmöglichkeiten Dritter als Marktbeeinflussung an, so erfolgt doch jedenfalls keine Koordination des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen, die nur die Handlungsfreiheit eines dritten Unternehmens, dessen Inhaber sie sind, einengen. Es liegt keine Beschränkung einer gleichgerichteten Tätigkeit mehrerer Wettbewerber vor, sondern vom Gemeinschaftsunternehmen her betrachtet eine Art autonome Selbstbeschränkung, bei der die Willensbildung durch die Inhaber des Unternehmens bzw. dessen Organe erfolgt[334.)]. Vom Standpunkt der Gründerunternehmen aus gesehen ist die Beschränkung nur Ausdruck ihrer Herrschaftsgewalt über das gemeinsame Unternehmen.

332.) vgl. Seite 51 der Arbeit

333.) BetrBer 1963,917

334.) Kooperationsfibel des BMWi S.34/35; BKartA Tätigkeitsbericht 1963,19 und 64; Kröger in Betrieb 1962,1034ff (1037)

2. Abschnitt: Kollisionen zwischen § 1 GWB und dem Rechtsbereich des Gesellschaftsrechts.

Die Bestimmung des § 1 GWB ist sehr weitgefaßt und läßt die Frage offen, ob uneingeschränkt alle Verträge wettbewerbsbeschränkenden Inhalts mit der Eignung zur Marktbeeinflussung ihr unterfallen[335.]. Man hat vielfältige Erwägungen angestellt, um ihren Anwendungsbereich einzuschränken, und zwar namentlich im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote. Zwischen ihnen und § 1 GWB besteht ein scheinbar unüberbrückbarer Gegensatz. Während das GWB der Erhaltung der Wettbewerbsfreiheit dient, wird diese durch Wettbewerbsverbote gerade beseitigt. Der Frage, ob und wie die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote und darüber hinaus andere Wettbewerbsbeschränkungen zugunsten eines Gemeinschaftsunternehmens, z.B. Andienungspflichten, mit der zwingenden Vorschrift des § 1 GWB in Einklang gebracht werden können, kommt erhebliche Bedeutung zu.

Verschiedene Begründungen dafür, die im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens auftretenden Wettbewerbsbeschränkungen nicht oder nur zum Teil unter § 1 GWB fallen zu lassen, wurden bereits im Laufe der bisherigen Erörterungen behandelt. Dabei wurde die Lösung teils in der Einordnung der Gemeinschaftsunternehmen in eine Systematik der Unternehmenszusammenfassungen, teils in einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 1 GWB gesucht. Diese Lösungen konnten nicht befriedigen. Entweder waren sie nicht mit dem Gesetz vereinbar oder es ließ sich auf diese Weise nur ein relativ enger Bereich von Wettbewerbsbeschränkungen eliminieren, wie zum Beispiel mit dem Tatbestandsmerkmal der Marktbeeinflussung.

I.) Die rule of reason und die ancillary clauses.

Zur Zeit der Geltung des alliierten Dekartellierungsrechts knüpften Rechtsprechung und Literatur an im US-Recht entwickelte Grundsätze an. Das Dekartellierungsrecht wurde unter dem Blickwinkel der rule of reason interpretiert. Dieser im amerikanischen Anti-Trustrecht entwickelte Grundsatz wurde von dort in das Dekartellierungsrecht übernommen, wobei bis zu-

335.) vgl. BKartA in WuW E/BKartA 145ff (Doppelstecker)

letzt lebhaft umstritten blieb, welchen Inhalt die rule of reason im US-Recht habe und wie sie sich in das deutsche Rechtsdenken einfügen lasse[336.].

Hinsichtlich der in Austausch- und Gesellschaftsverträgen enthaltenen Wettbewerbsverbote griff man auf die aus der rule of reason entwickelte Lehre von den "ancillary-clauses" zurück, die dahin ging[337.], daß untergeordnete Nebenpflichten (ancillary clauses) eines an sich vernünftigen (reasonable) Vertrages, bei dem eine Wettbewerbsbeschränkung nur als entfernt liegende Wirkung (remote effect) auftrete, erlaubt seien. Die Wettbewerbsbeschränkung müsse, so besagt die Lehre von den ancillary clauses, wesentlich (substantially), unvernünftig (unreasonable), ungerechtfertigt (undue, unjustly) oder gemeinschaftswidrig (harmful) sein. "Untergeordnete Nebenverpflichtungen" wurden nach den Dekartellierungsbestimmungen als nicht verboten angesehen, wenn sie nur der fairen, Treu und Glauben entsprechenden Durchführung eines Vertrages dienten, der im übrigen einen vernünftigen wirtschaftlichen Zweck habe und nicht geeignet sei, die allgemeine Marktlage zu beeinflussen[338.].

Für das GWB hat sich heute allgemein die Auffassung durchgesetzt, es sei kein Raum mehr zur Heranziehung der rule of reason[339.]. Dafür wird einmal die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, die gegen eine Einfügung des für das deutsche Rechtsdenken ungewohnten Grundsatzes spricht, sodann seine

---

336.) vgl. Borchardt-Fikentscher:Wettbewerb,Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung S. 35ff; Möhring in WuW 1955,5ff; Spengler: Über die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen S. 24ff

337.) Die folgenden Angaben wurden der deutschen Literatur und Rechtsprechung entnommen, ohne nachzuprüfen, ob in ihnen das US-Recht sinngetreu wiedergegeben ist.

338.) vgl. BGH in WuW 1951/52,42o und 422 und in WuW E/BGH 34 und 189; OLG München in WuW 1956,676 ff; Lindenmaier in BetrBer 195o,877ff; Benisch in WuW 1953, 219 ff.

339.) Müller-Henneberg in GemKom § 1,Anm.55; Baumbach-Hefermehl § 1 Anm. 54; FrankfKom § 1 TZ 36; Spengler a.a.O.S. 37; Lutz in NJW 196o,1833 ff(1834).

Systematik - § 1 als Generalklausel mit enumerativ in den §§ 2-8 genannten Ausnahmen - angeführt. Ein den Bestimmungen des GWB sozusagen übergeordnetes Vernünftigkeitsprinzip, nach dem die Einzelnormen zu interpretieren wären, entspricht nicht der gesetzlichen Regelung. Der Gesetzgeber hat den Weg zu einer "freirechtlich gestaltenden Rechtsanwendung"[34o.] versperrt und mit der präzisen Formulierung der Tatbestände an die deutsche Tradition der Gesetzestechnik angeknüpft.

Gleichwohl findet sich auch heute noch die Ansicht, gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote seien als sogenannte Nebenabreden, die zur Erreichung eines legitimen Zwecks nötig seien, als angehängte Wettbewerbsbeschränkungen, die im Verhältnis zu einem erlaubten, wirtschaftlich völlig andersartigen Vertragsziel nur nebensächliche Bedeutung hätten und andererseits die Durchführung des Vertrages für die Parteien wirtschaftlich erst interessant erscheinen ließen, erlaubt[341.]. RASCH führt aus, das Wettbewerbsverbot folge aus der "Natur des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses". Die Natur des Gemeinschaftsunternehmens verbiete im Zweifel eine Eigentätigkeit der Gesellschafter[342.].

Das Bundeskartellamt hat sich in seinem Tätigkeitsbericht 1959[343.] dahin geäußert, es erwäge, wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden in Gesellschafts- und Austauschverträgen, soweit sie nicht über das nach den Umständen des Falles notwendige Maß hinausgingen, als Bestandteile anderer, von der Rechtsordnung anerkannter Rechtsgeschäfte anzuerkennen, die durch das Verbot des § 1 GWB nicht erfaßt werden sollten. In einem zu § 18 GWB ergangenen Beschluß[344.] wurde die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots als "zusätzliche Nebenverpflichtung" für grundsätzlich zulässig erachtet. Da § 18 GWB

34o.) Möhring und Lieberknecht in Ufita 29,269ff (27o)

341.) vgl. u.a. Gleiss und Hootz in NJW 1963,1338

342.) Kommentar zum GWB § 1,Anm. 6; WuW 1961,79 ff und 1962,233ff; auch Hirsch (Kontrolle wirtschaftlicher Macht S. 3o) spricht von einer "in der Natur der Sache liegenden Nebenwirkung".

343.) Bundestagsdrucksache III/1795 S. 18

344.) WuW E/BKartA 6o ff und 73 ff (Melitta-Filter)

jedoch eine "unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit" verlangt, ist hier eher als in § 1 Raum für derartige Erwägungen. Aus den Beschlüssen des Bundeskartellamts kann nicht geschlossen werden, es halte Wettbewerbsverbote im Rahmen von § 1 GWB ebenfalls für zulässig, wenn und weil sie Nebenabreden seien. Vielmehr hat das Bundeskartellamt in mehreren derartigen Fällen[345.)] ein eingeleitetes Verfahren erst eingestellt, nachdem die Beteiligten die das Wettbewerbsverbot enthaltenden Vertragsbestimmungen aufgehoben hatten. Eine endgültige Stellungnahme des Bundeskartellamts zu dem Fragenkomplex liegt, wie dem Verfasser bei einem Besuch in Berlin bestätigt wurde, noch nicht vor.

Der BGH hat weder in seinem "Gasglühkörper-Urteil"[346.)] noch im "Bonbonniere-Urteil"[347.)] die Frage der Zulässigkeit eines Wettbewerbsverbots als Nebenabrede angeschnitten.

Aus dem Grundsatz der rule of reason läßt sich die Ansicht, Nebenabreden seien dem § 1 GWB entzogen, heute nicht mehr herleiten, da die rule of reason, wie ausgeführt, nicht in das GWB transponiert worden ist. Wenn zur Zeit der Geltung des Dekartelierungsrechts darauf abgestellt wurde, ob die Wettbewerbsbeschränkung wesentlich (substantially) und unvernünftig (unreasonable) sei, so ist eine solche Aussage für die Anwendung des § 1 GWB nicht erforderlich. § 1 GWB unterscheidet nicht zwischen Haupt- und Nebenabreden[348.)].

Mit der "Natur der Sache" zu arbeiten, ist gleichermaßen bedenklich. § 112 HGB ist dispositives Recht und es finden sich durchaus Gemeinschaftsunternehmen, bei denen es den Gründern überlassen bleibt, ob sie konkurrierend tätig werden wollen. So bestand weder zwischen der Mannesmann AG und der Hoesch AG mit Rücksicht auf das gemeinsam betriebene Großrohrwerk, wie von der Rechtsabteilung der Hoesch AG versichert wurde, ein Wettbewerbsverbot, noch haben die Gründer der

---

345.) vgl. WuW 1961,858 (Kieler Fisch) und Tätigkeitsbericht 1962,S.23 (Putzträger) aber auch Tätigkeitsbericht 1963, 57

346.) WuW E/BGH 359 ff

347.) BetrBer 1963,25off

348.) Fikentscher in WuW 196o,68o;Rittner in Betrieb 1957, 1o92/1o93;Lutz in NJW 196o,1834;Sprenkmann in GRUR 196o, 532/533)

Sidemar sich verpflichtet[349.], auf dem Sektor des Gemeinschaftsunternehmens nicht selbständig tätig zu werden[35o.]. Wettbewerbsverbote und Andienungspflichten mögen im Einzelfall dem Gemeinschaftsunternehmen dienlich sein, generell aus dessen Natur ergeben sie sich m.E. nicht. Hinzu kommt, daß ein so dehnbarer Begriff wie die "Natur der Sache" als Generalklausel den speziellen und ganz unterschiedlichen Gegebenheiten des Einzelfalls nicht gerecht wird[351.].

II.) Die Sozialadäquanz.

1.) Von einer anderen Ausgangsbasis her gelangt SPENGLER[352.] zu dem Ergebnis, gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote "hätten ihren altgewohnten Platz im Vertragsrecht behalten"[353.]. Er stützt seine Ansicht darauf, daß kein rechtssystematischer Unterschied zwischen verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen und sonstigen unerlaubten Handlungen bestehe, sodaß ein Unrechtsausspruch erst möglich sei, wenn neben der Tatbestandsmäßigkeit der Wettbewerbsbeschränkung auch deren Rechtswidrigkeit gegeben sei. SPENGLER glaubt, "des Rätsels Lösung" in der Erkenntnis gefunden zu haben, daß sich unter dem schillernden Sammelbegriff der rule of reason in der Hauptsache das Erfordernis der Rechtswidrigkeit verberge und seine Erkenntnis "sich mit der gleichen naturgesetzlichen Urgewalt die allgemeine Anerkennung erringen werde, wie es die rule of reason im Anti-Trustrecht und im Dekartellierungsrecht geschafft habe"[354.]. Wenn SPENGLER seine Ansicht allerdings für völlig neu und des Rätsels Lösung hält und erklärt, bislang könne man in Kommentaren und Monographien zum GWB noch nichts über das Erfordernis der Rechtswidrigkeit finden[355.], so irrt er. Bereits LUKES[356.] hatte darauf hin-

---

349.) vgl. VWD-Montan v. 2.5.1962

35o.) vgl. auch die von BKartA erwähnten Verträge "Kieler Fisch" und "Putzträger" (S. 111 Fußnote 345 der Arbeit), bei denen das Wettbewerbsverbot durch die Beteiligten im Laufe des Verfahrens aufgehoben wurde.

351.) vgl. Müller-Henneberg in GemKom § 1, Anm. 59; Lutz in NJW 196o, 1834.

352.) a.a.O. S. 23ff

353.) a.a.O. S. 44

354.) a.a.O. S. 36/37

gewiesen, für den Schadensersatzanspruch des Einzelrechtsgeschäftspartners nach § 35 GWB sei die Widerrechtlichkeit der Beeinträchtigung erforderlich[357.].

Die Rechtfertigung für gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote findet SPENGLER einmal in § 112 HGB, wozu er ausführt, alle Spezialregelungen aus der Zeit vor oder nach Inkrafttreten des GWB seien fernerhin auch insoweit, als sie gewisse Wettbewerbsbeschränkungen gestatteten, als rechtsbeständig zu behandeln; Wettbewerbsbeschränkungen, welche sich auf ein Spezialgesetz stützen könnten, seien demnach nicht rechtswidrig[358.]. Ferner hält SPENGLER Wettbewerbsverbote "unter besonderen Begleitumständen" für "sozialadäquat und erlaubt"[359.]. Worin die besonderen Begleitumstände zu erblicken sind, zeigt er nicht auf.

2.) Obwohl ohne weiteres anzuerkennen ist, daß tatbestandsmäßige Verletzungen von Vorschriften des GWB, die als Schutzvorschriften anzusehen sind, nur dann nach den §§ 823 Abs. 2 BGB, 35 GWB zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichten, wenn die Beeinträchtigung der Rechtsgüter Dritter widerrechtlich erfolgt ist, -insoweit bringt die Ansicht SPENGLERS eigentlich nur eine Selbstverständlichkeit - bestehen doch ganz erhebliche Bedenken, ob der Begriff der Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 1 GWB überhaupt von Bedeutung ist.

Die Rechtswidrigkeit kann im Anschluß an NIPPERDEY[360.] definiert werden als die "Beeinträchtigung (u.U. auch Gefährdung) rechtlich anerkannter Interessen (Rechtsgüter) durch gebots- oder verbotswidrige Handlungen". Erforderlich ist die Verletzung eines Rechtsgebots oder -verbots[361.].

355.) a.a.O.S. 37

356.) a.a.O.S. 189/190

357.) so auch Baumbach-Hefermehl Einl.GWB,Anm. 199; FrankfKom § 35,TZ 64;Benisch in GemKom § 35,Anm. 9

358.) a.a.O.S. 39

359.) a.a.O.S. 42ff

360.) BGB AllgTeil § 209 IV B 1;vgl.ferner Lehmann BGB AllgTeil § 39 III.

361.) Lukes a.a.O.S. 190; vgl. ferner Welzel: Strafrecht S. 70

Da durch § 1 GWB lediglich die zivilrechtliche Unwirksamkeit[362.] eines wettbewerbsbeschränkenden Vertrages ausgesprochen wird, wird ganz überwiegend die Auffassung vertreten, es handele sich nicht um eine Verbots-, sondern um eine "Rechtsschutzverweigerungsnorm"[363.]. Verbotscharakter erlangt § 1 erst in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 GWB. Nicht bereits in dem Abschluß eines nach § 1 unwirksamen Vertrages, sondern erst in seiner Realisierung liegt das Unerlaubte und Rechtswidrige. Verboten ist nur das Sich-Hinwegsetzen über die Vertragsunwirksamkeit[364.]. Rechtfertigungsgründe vermögen den Eintritt der Unwirksamkeit nach § 1 GWB nicht zu verhindern. Sie werden erst bei der Erörterung, ob eine Ordnungswidrigkeit nach § 38 Abs. 1 Ziff. 1 vorliegt und, wenn man § 38 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit § 1 als Schutzvorschrift ansieht, bei der Schadensersatzpflicht nach § 35 GWB oder § 823 Abs. 2 BGB von Belang.

3.) Selbst wenn man die hier vertretene Auffassung nicht teilt und bereits den Abschluß eines nach § 1 GWB unwirksamen Vertrages, sofern keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, als rechtswidrig ansieht, erscheint die Sozialadäquanz nicht geeignet, die Zulässigkeit der gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote zu begründen.

Der insbesondere von WELZEL[365.] für das Strafrecht und von NIPPERDEY[366.] für das Zivilrecht herausgearbeitete Begriff der Sozialadäquanz[367.] soll dazu dienen, solche Handlungen, die "sich völlig innerhalb der geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens bewegen

---

362.) vgl. hierzu Müller-Henneberg in GemKom § 1 Anm.61

363.) Benisch in GemKom § 35,Anm. 1 ferner Betrieb 1957, 789ff (790) und in WuW 1959,3ff (5); Baumbach-Hefermehl § 35 Anm. 7;FrankfKom § 35,Anm.4;Spengler a.a.O.S.28ff; Leo in WuW 1959,485ff(489);Friedländer in JZ 1957, 649ff(650);Würdinger in WuW 1958,503ff(506); Hengstenberg in WuW 1958,439ff(443)

364.) vgl. die Anm. 363 zitierte Literatur. Das ist wohl auch die Auffassung des BGH, die in seinem Urteil v.8.10.1958 (WuW E/BGH 251(253)(4711) Ausdruck gefunden hat. Obwohl der BGH dort ausführt, es könne kein Zweifel sein, daß in § 15 GWB ein Verbot i.S. des § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB ausgesprochen sei, kann daraus nicht geschlossen werden, die Tatbestände der §§ 1 und 15 würden als Verbotsnormen angesehen. Daß der BGH

und von ihr gestattet werden"[368.], zu rechtfertigen. Als Beispiele werden angeführt[369.]: die üblichen Freiheitsbeschränkungen im Reiseverkehr, Körperverletzungen durch regelgerechtes Verhalten bei Sportwettkämpfen, Eingriffe in das Recht am Unternehmen durch kampfregelgerechten Streik, Haarschneiden, de lege artis ausgeführte medizinisch indizierte Operationen.

Für die völlig eindeutigen Fälle des täglichen Lebens (Bahnfahrt, Haarschneiden, Sportwettkämpfe) hat der Begriff der Sozialadäquanz manches Klärende. Bei schwieriger zu beurteilenden komplexen Erscheinungen, zum Beispiel ärztlichen Operationen, stellt er hingegen kein klares Regulativ, sondern nur eine recht allgemein gehaltene und zur Klärung kaum beitragende Umschreibung vielfältigster Erscheinungen dar. Dort erübrigt er nicht ein genaueres Eingehen auf die speziell ihm untergeordnete Erscheinung. Besonders BAUMANN[370.] weist auf die Gefahr der Lehre von der Sozialadäquanz hin, das "Seiende" mit dem "Gesollten" gleichzusetzen und das, was allgemein und bedenkenlos getan wird, als richtig und gerecht zu bezeichnen. Will man dieser Gefahr entgehen, so muß man eine wertende Differenzierung vornehmen und kann nicht mit so allgemeinen Begriffen wie dem der Sozialadäquanz arbeiten.

Dies gilt in besonderem Maße für das Gebiet der Wettbewerbsbeschränkungen, das in den vergangenen Jahren erhebliche Verschiebungen der Wertrelationen erfahren hat. Dort läßt sich nicht mit einer "geschichtlich gewordenen sozialethischen Ordnung" operieren, stellt doch die Nachkriegsentwicklung einen völlig neuen Beginn in der Beurteilung von Wettbewerbsbeschrän-

---

364.) gleichzeitig auf § 38 Abs. 1 Ziff. 1 hinweist, spricht dafür, daß er im Einklang mit der h.M. nicht die Bestimmungen der §§ 1 und 15 isoliert, sondern nur in Verbindung mit § 38 Abs. 1 Ziff. 1 als Unrechtstatbestände auffaßt.

365.) Deutsches Strafrecht S. 76

366.) BGB AllgTeil § 209 V

367.) vgl. auch BAG in NJW 1955,1373 und GrZSenat BGHZ 24,21 verkehrsrichtiges Verhalten);
ablehnend u.a.:Maurach:Strafrecht AllgTeil S.229 und 237/238 sowie Baumann: Strafrecht AllgTeil S.146/147 und 215/216

368.) Welzel: Deutsches Strafrecht S. 76

369.) Nipperdey: BGB AllgTeil § 209 V

kungen dar. Ließe man diese Neuorientierung des Wertdenkens außer Betracht, so könnte man auch die Syndikate, die bis 1945 unangetastet geblieben waren und zur geschichtlich gewordenen Ordnung gehörten, als sozialadäquat bezeichnen.

III.) Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und der Grundsatz "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali."

Wettbewerbsverbote können, wie schon ausgeführt, auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung beruhen, sich aus der Treuepflicht der Gesellschafter ergeben oder durch besondere Vereinbarungen eine dem Einzelfall angepaßte Ausgestaltung erfahren. Kartellrechtlich ist die Grundlage des Verbotes ohne Belang[371.)]

Gleichwohl fehlt es nicht an Stimmen, die gesetzliche Wettbewerbsverbote deshalb für mit § 1 vereinbar halten, weil die entsprechenden Gesetzesvorschriften durch das GWB weder ausdrücklich noch sinngemäß außer Kraft gesetzt worden seien[372.)]. Da eine Generalklausel wie Art. VI der VO Nr. 78/Ges.Nr. 56 fehle, die bestimmte, daß "alle früheren Bestimmungen des deutschen Rechts, die mit diesem Gesetz in Widerspruch stehen, aufgehoben" seien, so wird erklärt, müsse der alte Rechtsgrundsatz "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" gelten. § 1o9 Abs. 2 GWB enthalte eine abschließende Aufzählung der Gesetze, die außer Kraft getreten seien, sei eine authentische Interpretation. Dort nicht genannte Vorschriften hätten ihre Rechtsbeständigkeit nicht verloren.

Dem hat der BGH[373.)] im Anschluß an KLAUE[374.)] entgegengehalten, die Tatsache, daß § 112 HGB in § 1o9 Abs. 2 GWB nicht genannt sei, könne nicht als Begründung dafür dienen,

---

37o.) a.a.O.S. 216

371.) so auch der BGH in BetrBer 1963,25off(Bonbonniere)
Nicht eindeutig ist die Stellungnahme des BMWi in seiner Kooperationsfibel (S.35), wenn dort betont wird, das gesetzliche Wettbewerbsverbot des § 112 HGB dürfte im Regelfall § 1 GWB vorgehen, hingegen als zweifelhaft bezeichnet wird, ob dies auch für die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergebenden Wettbewerbsverbote gilt.

372.) vgl. FrankfKom § 1 TZ 13;

das Verbot des § 112 HGB habe weiter Bestand. Der BGH führt aus:"Es ist aus Sachgründen durchaus verständlich, wenn der Gesetzgeber hier von einer generellen Regelung Abstand genommen und auch hier -wie auf anderen Rechtsgebieten bei einer Kollision von Gesellschaftsrecht mit zwingendem Recht, zum Beispiel dem Erbrecht oder dem ehelichen Güterrecht - es der Beurteilung des jeweiligen Einzelfalles überlassen hat, ob nach Lage der Dinge dem mit § 1 GWB verfolgten Gesetzeszweck der Vorrang gegenüber gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen oder dispositiven Gesetzesvorschriften gebührt". Die Begründung überzeugt[375.]. Die Frage, inwieweit einzelne Bestimmungen anderer Gesetze, die mit solchen des GWB aufgrund ihres wettbewerbsbeschränkenden Inhalts in Kollision geraten können, weiterhin Geltung haben, hat der Gesetzgeber durch § 1o9 Abs. 2 GWB nicht generell lösen wollen[376.]. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, wie "lex posterior derogat legi priori" oder "lex posterior generalis non derogat legi priori speciali" ist der Kollisionstatbestand nicht zu lösen und weder ein Primat des Kartellrechts noch des Gesellschaftsrechts herzuleiten. Vielmehr ist davon auszugehen, daß § 112 HGB weder durch das GWB außer Kraft gesetzt worden, noch von ihm unangetastet geblieben ist. Generellen Vorrang hat keine der beiden Rechtsnormen.

372.) Gleiss und Hootz in NJW 1962,391; Fikentscher in Festschrift für Hueck S.559 Fußnote 51 für Wettbewerbsverbote im Rahmen von Austauschverträgen i.S. der §§ 15 ff GWB;Spengler a.a.O.S. 39

373.) BetrBer 1963,25ff (Bonbonniere)

374.) WuW 1961,323ff;ebenso Knur in DNotZ 1963,646

375.) Lutz (NJW 1963,625) hat dem noch hinzugefügt, daß es zahlreiche Fälle des § 112 HGB gäbe, die nicht unter § 1 GWB fielen, sodaß kein Anlaß bestanden habe, § 112 HGB generell in § 1o9 Abs. 2 aufzunehmen. Als Beispiel nennt er: Die Gesellschafter sind keine Unternehmen oder die Wettbewerbsbeschränkung ist nicht geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen.

376.) Das ist auch die Auffassung, zu der die Kartellreferenten auf ihrer Tagung am 12./13.2.1959 in Hannover gelangt sind (WuW/ E KRT 41)

IV. § 1 GWB als integraler Bestandteil der Gesamtrechtsordnung.

1.) Dem bestehenden Spannungsverhältnis wird man nicht durch ein striktes Entweder-Oder, sondern nur durch einen Interessenausgleich gerecht. Die einzelnen Rechtsnormen dürfen nicht isoliert, sondern müssen in einer Gesamtschau als integrale Bestandteile der Gesamtrechtsordnung gesehen werden, in deren Rahmen sie einzuordnen sind[377.].

In schneller Zeitfolge entstehen laufend neue Gesetze, die ein begrenztes Teilrechtsgebiet regeln und bei denen ein bestimmtes gesetzgeberisches Ziel im Vordergrund steht. Dabei läßt sich nicht vermeiden, daß die einzelnen Normen, die zu verschiedenen Zeiten unter unterschiedlichen Aspekten entstanden sind, einen konkreten Sachverhalt widersprüchlich erfassen. Die dadurch entstehenden Reibungsflächen sind häufig nicht auf einen Mangel an gesetzgeberischer Formulierungskunst zurückzuführen. Gesetzliche Normierungen können, da sie von einer generalisierenden Betrachtungsweise ausgehen müssen, was namentlich für eine so weitgefaßte Bestimmung wie die des § 1 GWB gilt, nicht alle denkbaren Fälle kasuistisch erfassen und die Entstehung eines Kollisionsbereichs zwischen mehreren Normen ausschließen. Der Ausgleich der Spannungen kann nicht immer generell durch eine eindeutige gesetzgeberische Entscheidung erfolgen, sondern bedarf einer von Fall zu Fall vorzunehmenden individuellen "Güter- und Interessenabwägung". Aufgabe des Juristen ist es, die gegenseitige Abhängigkeit der Teile der Rechtsordnung bewußt zu machen. "Einzelereignisse und Einzelzwecke müssen zu einem System zusammengefaßt und ausgebaut werden."[378.]

Der BGH[379.] hat darauf hingewiesen, daß gerade das Gesellschaftsrecht mit anderen Rechtsbereichen kollidieren könne, zum Beispiel mit dem Erbrecht und dem ehelichen Güterrecht.

377.) vgl. Becher in NJW 1961,1998 ff;
Magen in NJW 1961,147ff; Hefermehl in GRUR 1963,385ff;
Götz in JuS 1963,389.

378.) so Maunz: Der Äquädukt 1963,S.297;
vgl. ferner Baumann: Strafrecht AllgTeil S. 21o;

379.) BetrBer 1963,25o ff (Bonbonniere).

2.) Mit dem Inkrafttreten des GWB ist eine klare und eindeutige wirtschaftspolitische Entscheidung zugunsten des Wettbewerbs, eines marktwirtschaftlichen Ordnungsdenkens gefallen. Die Vertragsfreiheit hat nicht unerhebliche Einschränkungen erfahren. Es wurde ein neuer Wertmaßstab[380.] gesetzt, an dem bestehende Normen gemessen werden müssen. Mit Blick auf die generelle Entscheidung des Gesetzgebers für die Wettbewerbsfreiheit müssen andere die Freiheit beschränkende Normen und vertragliche Vereinbarungen ausgerichtet werden. Dazu ist ein Denken und Entscheiden in weitgehend neuen Wertkategorien notwendig, in einer Ordnung, die unter der Herrschaft des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit steht[381.].

§ 1 GWB strahlt im wirtschaftlichen Bereich bis in die innere Ordnung der Gesellschaften hinein und läßt die früher unzweifelhaft gestatteten Wettbewerbsverbote in neuem Licht erscheinen. Das gilt auch, soweit Wettbewerbsverbote aus dem Treuegedanken oder aus § 242 BGB hergeleitet werden. § 242 BGB stellt keine fest umrissene, ein für allemal gültige und keinerlei Veränderung unterworfene Ordnung auf. Sein normativer Gehalt ist auf die jeweiligen rechtlichen und ordnungspolitischen Auffassungen ausgerichtet und so Veränderungen unterworfen. Treu und Glauben ist kein absoluter, kein statischer Begriff, sondern ein mit den Wert- und Sittenordnungen sich wandelnder, nur in seiner Grundidee gleichbleibender[382.].

380.) Schmidt und Hackenberger (Betrieb 1962,957) haben das GWB geradezu als "Grundgesetz der Wirtschaft" bezeichnet.

381.) vgl. zu diesen Grundsätzen das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG 7,198ff "Veit Harlan-Urteil"), in dem das BVerfG wenn auch hinsichtlich ganz anderer miteinander kollidierender Pflichten und Schutzgüter von einer Ausrichtung bestehenden älteren Rechts auf das Wertsystem des Grundgesetzes, der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts des Art. 5 Abs. 2 GG gesprochen und erklärt hat, die allgemeinen Gesetze seien im Lichte der Bedeutung des Grundrechts des Art. 5 Abs.2 GG zu sehen und so zu interpretieren, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts auf jeden Fall gewahrt bleibe.

382.) vgl. Staudinger-Weber § 242, A 15;
Schmidt und Hackenberger a.a.O.

Das bedeutet nicht, daß dem § 1 GWB prinzipiell der Vorrang vor den gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverboten gebühre, die vielmehr ihrerseits in einer Art Wechselwirkung den Anwendungsbereich des § 1 GWB ebenfalls einengen[383.]. Man könnte von einer wechselseitigen Relativierung sprechen.

Das Bundeskartellamt[384.] hat mit Recht ausgeführt, aus dem Sinnzusammenhang, in den § 1 GWB hineingestellt sei, folge, daß Einschränkungen zulässig und notwendig seien. Das abstrakte Verbot jeder horizontalen Absprache zur Wettbewerbsbeschränkung berühre notwendigerweise andere Schutzbereiche der Rechts- und Sittenordnung. Dem GWB sei sein Platz im Ordnungsgefüge der Gemeinschaft anzuweisen. Dabei ergäben sich die Grenzen aus dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter.

Trotz damit verbundener Schwierigkeiten und der Tatsache, daß eine endgültige Beurteilung nicht erfolgen kann, da sie letztlich nur im konkreten Einzelfall möglich ist, sollen gewisse Leitlinien aufgezeigt werden, denen folgend sich der Ausgleich zwischen § 1 GWB und den gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverboten leichter finden läßt. Eine vollständige Kasuistik zu geben, kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein. Andererseits kann man sich auch nicht mit der allgemeinen Feststellung begnügen, das Wettbewerbsverbot solle die gesellschaftstreue Zusammenarbeit ermöglichen, ohne ein Wettbewerbsverbot sei der Bestand der Gesellschaft gefährdet und diese überhaupt nicht lebensfähig[385.]. Erforderlich ist eine differenzierende Betrachtung der durch ein Wettbewerbsverbot geschützten Belange und ihres Wertranges gegenüber § 1 GWB. Wie sich zeigen wird, können diese Belange von unterschiedlichem Gewicht sein.

V.) Der Ausgleich zwischen den wettbewerbs- und den gesellschaftsrechtlichen Interessen.

1.) Es sei zunächst davon ausgegangen, daß die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens in der Hand der Gesellschafter liegt, das Gemeinschaftsunternehmen von den Gesell-

383.) vgl. auch hierzu das Veit Harlan-Urteil des BVerfG (BVerfGE 7,198 ff)

384.) WuW E/BKartA 145 ff (Doppelstecker)

385.) so Kartte in WuW 1963,565 ff (577/578)

schaftern gemeinsam geleitet wird, die Gesellschafter aktiv in der Geschäftsführung zusammenarbeiten.

Den Grund für eine vertragliche Vereinbarung oder gesetzliche Regelung, die die Gesellschafter zur Aufgabe einer eigenständigen Produktion oder zu deren Nichtaufnahme veranlaßt, könnte man in der Erhaltung der vollen Arbeitskraft der Gesellschafter-Geschäftsführer für das Gemeinschaftsunternehmen erblicken, dem die Gesellschafter sich nicht voll und ganz widmen könnten, würden sie nebenher noch in einem eigenen Unternehmen tätig sein[386.]).

Der BGH[387.]) hält eine die Arbeitskraft der Gesellschafter voll beanspruchende "Arbeits- und Haftungsgemeinschaft" für die gesetzliche und auch der Rechtswirklichkeit entsprechende Regelform der OHG, bei der die Gesellschafter die selbstverantwortlichen Träger und Leiter des selbständigen Unternehmens seien, das zu seiner wirtschaftlichen Erhaltung und Fortbildung auf die tätige Mitarbeit der Gesellschafter angewiesen sei. Angesichts dieser Sachlage sei es verständlich, den Anwendungsbereich des § 1 GWB zugunsten der §§ 112, 113 HGB einzuschränken. Der BGH weist somit, ohne zu der Frage endgültig Stellung zu nehmen - in dem zu entscheidenden Fall war der mit dem Wettbewerbsverbot belastete Gesellschafter nicht zur tätigen Mitarbeit verpflichtet- auf die Erhaltung der vollen Arbeitskraft der Gesellschafter für die Gesellschaft hin.

Bei Gemeinschaftsgründungen seitens mehrerer Unternehmen wird es nun aber selten notwendig sein, daß die Gesellschafter dem Gemeinschaftsunternehmen ihre volle Arbeitskraft widmen. Wird das Gemeinschaftsunternehmen als Kapitalgesellschaft mit Drittorganschaft betrieben, bedarf es ohnehin nicht der persönlichen Mitarbeit seiner Gesellschafter. Vor allem aber werden die Gründer weiterhin eigene Unternehmen, wenn auch häufig außerhalb des Produktionsbereichs der gemeinsamen Anlage, betreiben und zwar zur Mitarbeit, nicht aber zur ausschließlichen Tätigkeit im Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet sein[388.])

386.) vgl. Koenigs:Die stille Gesellschaft S. 227
387.) BetrBer 1963,25o ff (Bonbonniere)
388.) vgl. hierzu Lieberknecht und Gnauk in Betrieb 1963,1o73.

Ist den Gesellschaftern dementsprechend eine anderweitige, nicht konkurrierende Tätigkeit außerhalb des Produktionsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens gestattet - § 112 HGB verbietet sie ihnen im Gegensatz zu dem Wettbewerbsverbot für Handlungsgehilfen (§§ 6o,61 HGB) nicht - so ergibt sich daraus eindeutig, daß ein Erfordernis, die Arbeitskraft dem Gemeinschaftsunternehmen ausschließlich zur Verfügung zu stellen, nicht besteht. Aus diesem Interesse heraus läßt sich das Wettbewerbsverbot dann nicht halten.

2.) So sieht man den gesetzgeberischen Grund für § 112 HGB denn auch einhellig nicht wie bei den Wettbewerbsverboten der §§ 6o,61 HGB in der Sicherung der Arbeitskraft der Gesellschafter für die Gesellschaft. Vielmehr soll durch § 112 HGB verhindert werden, daß ein Gesellschafter den Einblick in die Verhältnisse der Gesellschaft, den er durch seine Geschäftsführung erlangt, dazu verwerten kann, eigene Geschäfte zu betreiben[389.]. Ohne § 112 HGB bestände die Besorgnis, daß der mit den geschäftlichen Verhältnissen intim vertraute Gesellschafter diese Kenntnisse in illoyaler Weise zum Nachteil der Gesellschaft für sich persönlich ausnutzen könnte. Ein Gesellschafter, so führt HUECK[390.] aus, würde gegen den Treuegedanken verstoßen, wenn er die ihm bekannten Geschäftserfahrungen und Geschäftsgeheimnisse und seine Beziehungen zu den Kunden dazu benutzen würde, der Gesellschaft konkurrierend zu schaden.

Will man diese Belange bewerten und gegenüber § 1 GWB abwägen, so erscheint eine Aufgliederung notwendig. Dabei soll zunächst weiter von dem Ausgangsfall der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens ausgegangen werden.

a.) Ein in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens tätiger Gesellschafter, der gleichzeitig in dessen Handelszweig eigene Geschäfte betreibt, gerät in eine Interessenkollision, die die Gefahr in sich birgt, daß er das eigene

---

389.) BGH in WM 1961,629; Schlegelberger-Geßler § 112,Anm.1; Weipert in RGRKom HGB § 112,Anm.2; Koenigs: Die stille Gesellschaft S. 227,228; Lieberknecht und Gnauk a.a.O. S. 1o74; Ganssmüller in Betrieb 1964,431 ff.

390.) Gesellschaftsrecht § 15 V und § 19 V 2

Unternehmen bevorzugt und seine Sonderinteressen über die des Gemeinschaftsunternehmens stellt. Er kann seine Tätigkeit in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens dazu benutzen, den Abschluß von Gesellschaftsgeschäften zum Vorteil der eigenen zu behindern. In der Person des Gesellschafters entsteht ein Dualismus, seine Entscheidungen werden zwiespältig und von fragwürdiger Objektivität. Er gerät in einen Widerstreit der Interessen und kann seine Entscheidungen nicht mehr frei und unbeeinflußt von eigenen Zielen treffen. Während die Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens auf die Interessen der Gesellschaft ausgerichtet sein muß[391.], muß der geschäftsführende Gesellschafter, wenn er ein eigenes Konkurrenzunternehmen betreibt, bestrebt sein, auch dessen Belange zu wahren und so eigene Interessen auf Kosten der Gesellschaft durchzusetzen.

b.) Dabei ist es unerheblich, ob es sich bei dem Gemeinschaftsunternehmen um eine OHG, KG oder GmbH handelt, wenn nur die Geschäftsführung in den Händen eines oder mehrerer Gesellschafter liegt. Die Gefahr einer Interessenkollision entsteht ebenso, wenn der betreffende Gesellschafter der Geschäftsführer einer das Gemeinschaftsunternehmen betreibenden GmbH, wie wenn er geschäftsführender Gesellschafter einer OHG ist[392.]. Ein Interessenwiderstreit kann sich selbst dann ergeben, wenn zwar formell nach außen eine Drittorganschaft vorliegt, im Innenverhältnis aber die Gesellschafter durch konkrete Weisungen die Geschäftsführung dirigieren. Nicht nur die äußere Rechtsform, sondern die gesamte tatsächliche Gestaltung des Gesellschaftsaufbaus muß betrachtet werden, will man die Gefahr von Interessenkollisionen beurteilen.

Der Gesellschafter-Geschäftsführer, der durch eine Konkurrenztätigkeit in die Gefahr eines Interessenwiderstreits geraten würde, kann eine natürliche Person oder eine juristische sein. Gründen zum Beispiel mehrere Gesellschaften mit beschränkter Haftung ein Gemeinschaftsunternehmen und werden dessen Geschäfte von den Gründern, d.h. von den Geschäftsführern der

391.) Fischer in NJW 1954,777ff (778)
392.) Magen in BetrBer 1963,334

Gründerunternehmen geführt[393.], so entsteht, falls die Gründerunternehmen im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens tätig sind, ein Interessengegensatz in der Person der Geschäftsführer, die als "Diener zweier Herren" die sich widerstreitenden Interessen des Gemeinschaftsunternehmens und der jeweiligen Gründerunternehmen wahren müßten.

Wenn die Fälle der aktiven Mitarbeit der Gesellschafter oder ihrer Organe in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens im folgenden als "personalistische"Beteiligungen bezeichnet werden, so besagt das also nichts darüber, ob das Gemeinschaftsunternehmen und die Gründerunternehmen Kapital- oder Personalgesellschaften sind. Die Rechtsform, in der die Unternehmen betrieben werden, ist nicht das entscheidende Moment.

c.) Die Gefahr der Interessenkollision ist je nach Lage des Falles unterschiedlich groß. So wäre in dem vom BGH entschiedenen Fall des gemeinsamen Betriebs eines Kinotheaters[394.] unter diesem Blickwinkel kaum eine Gefahr darin zu sehen, wenn der geschäftsführende Gesellschafter noch ein eigenes Kino betreiben und leiten würde. Das mag dem Kino der Gesellschaft zwar Abbruch tun und seine Rentabilität mindern - eine Frage, die hier zunächst einmal außer Betracht bleiben muß -, Interessenkollisionen in der Geschäftsführung aber könnten kaum entstehen. Weder könnten in nennenswertem Umfang durch den Geschäftsführer Kunden statt dem Kino der Gesellschaft dem eigenen zugeführt werden, da die Interessenten ein Kino ohne vorherige persönliche Kontaktaufnahme mit der Geschäftsführung aufsuchen, noch wäre die angebotene Leistung geeignet, die Gefahr eines Interessengegensatzes heraufzubeschwören. Es könnten allenfalls die zugkräftigen Filme in dem Kino des Gesellschafters gezeigt werden, was wegen der üblichen Buchung von Filmstaffeln schwierig sein würde. Mit diesen Fragen brauchte der BGH sich wegen der bloß kapitalistischen Beteiligung des mit dem Wett-

393.) Man spricht hier von einer "mittelbaren Geschäftsführung", die besonders bei der GmbH & Co häufig ist (vgl.Hesselmann: Die GmbH & Co S. 86). Die Geschäftsführer der GmbH führen gleichzeitig als deren Organ die Geschäfte der GmbH & Co.

394.) BetrBer 1963,25o ff (Bonbonniere)

bewerbsverbot belasteten Gesellschafters nicht auseinanderzusetzen.

Anders ist die Lage, wenn auch vielleicht nicht generell, bei den hier zu behandelnden Gemeinschaftsunternehmen im Produktionsbereich. Dort sähe sich ein für miteinander konkurrierende Unternehmen in deren Geschäftsführung tätiger Gesellschafter immer wieder vor die Entscheidung gestellt, ob ein bestimmter Artikel in das Verkaufsprogramm des einen oder des anderen Unternehmens aufgenommen werden soll, Kunden dem einen oder anderen Unternehmen zugeführt, Aufträge von einen oder anderen Unternehmen ausgeführt werden sollen etc. Die Größe der Kollisionsgefahr wird sicherlich im Einzelfall verschieden, in aller Regel aber bedrohlich genug sein, um für das Gemeinschaftsunternehmen nicht erträglich zu sein. Ständig würde das gegenseitige Vertrauen schweren Belastungen ausgesetzt. Nicht die für das Gedeihen des Gemeinschaftsunternehmens erforderliche Ruhe gegenseitigen Vertrauens wäre gegeben, sondern Spannungen, Zweifel und Mißtrauen würden sein inneres Gefüge erschüttern. Der Schutz vor diesen Gefahren, die durch die gleichzeitige Tätigkeit in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens und eines eigenen Konkurrenzunternehmens entstehen, verdient auch unter der Herrschaft des GWB Schutz. Ob solche Gefahren gegeben sind, muß allerdings einer Würdigung des Einzelfalles überlassen bleiben. Die vorstehenden Ausführungen können nicht mehr als eine Richtschnur sein und dürfen nicht unbedenklich verallgemeinert werden.

d.) Dem kann man nicht entgegenhalten, Privatinteressen der Gesellschafter müßten gegenüber den Interessen der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung der Wettbewerbsfreiheit generell zurücktreten. LIEBERKNECHT und GNAUK[395.)] haben mit Recht ausgeführt, daß es nichts Ungewöhnliches sei, wenn private Interessen den Vorrang vor öffentlichen hätten. Das Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs sei nicht das einzige öffentliche Interesse, das der Staat zu wahren habe. Die Aufrechterhaltung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr verdiene - im öffentlichen Interesse - ebenso den Schutz der Rechtsordnung. Dem ist zuzustimmen, ohne daß allerdings der allgemeine Hinweis

395.) a.a.O.S. 1074

auf Treu und Glauben für genügend erachtet werden könnte. Insoweit muß, wie es hier geschieht, eine Prüfung der durch die Wettbewerbsordnung geschützten Einzelbelange erfolgen. Eine klare Trennungslinie zwischen den Interessen der Allgemeinheit und Einzelinteressen läßt sich ohnehin nicht immer ziehen. So kann man zweifeln, ob § 1 in Verbindung mit § 38 GWB nicht auch oder gar in erster Linie die Privatinteressen der Marktgegenseite schützen soll. Auf der anderen Seite ist in zunehmendem Maße die "soziale Funktion" des Wettbewerbsrechts erkannt worden[396.]. Nicht nur die unmittelbar beteiligten Gesellschafter werden durch Interessenkollisionen betroffen, sondern auch die Allgemeinheit kann davon berührt werden. Es besteht ein öffentliches Interesse daran, daß solche Gefahren gebannt werden. Durch zahlreiche Vorschriften -erwähnt seien nur die §§ 181,1795 BGB und § 356 StGB (Parteiverrat)[397.] - beugt der Gesetzgeber einem Interessenwiderstreit vor.

e.) Steht damit fest, daß Schutzmaßnahmen gegen Interessenkollisionen in der Geschäftsführung notwendig und auch unter der "neuen Ordnung" des GWB als relevante Belange anzuerkennen sind muß der zweite Schritt die Begrenzung auf den schonendsten Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit sein. Man muß erwägen, ob sich die Beseitigung der dualistischen Stellung eines "personalistisch" beteiligten Gesellschafters nicht auf eine andere, die Wettbewerbsfreiheit schonendere Weise erreichen läßt.

Sind die Gründer zur Zeit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in dessen Produktionszweig eigenständig tätig, könnte ein Interessengegensatz dadurch vermieden werden, daß ihnen im Gemeinschaftsunternehmen nur eine kapitalistische Stellung eingeräumt und die innere Struktur der Gesellschaft so ausgestaltet wird, daß die Geschäftsführung Dritten überlassen bleibt. Auf diese Weise würden der Konkurrenztätigkeit der Gesellschafter keine Fesseln angelegt, sondern stattdessen die Möglichkeiten, im Gemeinschaftsunternehmen aktiv tätig zu werden, abgeschnitten.

396.) vgl. BGHZ 19, 392 ff(396); 23, 365 ff (371) Baumbach-Hefermehl Einl II Anm. 31

397.) vgl. ferner die Rechtsprechung und Literatur zur Frage des Stimmrechtsausschlusses in eigenen Angelegenheiten eines Gesellschafters (vgl. u.a. Hueck:Recht der OHG S. 1o7 ff)

Auf eine derartige Einengung in der Ausgestaltung des Gesellschaftsaufbaus und damit eine Verringerung der zur Wahl stehenden Organisationsformen können die Gründer m.E. nicht abgedrängt werden. Der kapitalistische Aufbau des Gemeinschaftsunternehmens entspricht möglicherweise weder den objektiven Erfordernissen noch den Intentionen der Beteiligten. Wenn das GWB die Gründung als solche freistellt und insoweit der unternehmerischen Initiative keine Fesseln anlegt, liegt damit auch die Entscheidung über die kapitalistische oder personalistische Ausgestaltung des Gesellschaftsgefüges in der durch keinerlei behördliche Eingriffe eingeengten Sphäre freier unternehmerischer Entschlüsse. Die Beteiligten können nicht gezwungen werden, eine bestimmte, ihren Vorstellungen nicht entsprechende Gesellschaftsform zu wählen. Wieweit ein Gesellschafter sich selbst um die Geschäfte des Gemeinschaftsunternehmens kümmern oder Dritten die Geschäftsführung anvertrauen will, bleibt seiner unternehmerischen Initiative überlassen und kann nicht von der Kartellbehörde entschieden werden. Nur der Unternehmer selbst kann dafür die Verantwortung übernehmen.

Gleiches gilt, wenn die Gründer bisher nicht im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens tätig waren. Es kann dahingestellt bleiben, ob im Rahmen der Interessenabwägung ein nur potentieller Wettbewerb weniger gewichtig ist als ein bereits aktualisierter[398.]. Da nicht einmal das Interesse an der Erhaltung aktuellen Wettbewerbs eine Abdrängung der Beteiligten auf den Weg der kapitalistischen Ausgestaltung des Gemeinschaftsunternehmens rechtfertigt, muß das erst recht gelten, wenn ein nur potentielles Wettbewerbsverhältnis zwischen ihnen besteht. Die Gründerunternehmen können nicht auf die Möglichkeit verwiesen werden, im Gesellschaftsvertrag statt eines Wettbewerbsverbots den Ausschluß des konkurrierenden Gesellschafters oder die Umwandlung seiner personalistischen in eine kapitalistische Beteiligung vorzusehen. Ebenso wie der ursprüngliche Gesellschaftsaufbau der freien unternehmerischen Entscheidung überlassen bleibt, kann auch eine Umgestaltung der inneren Gesellschaftsstruktur den Beteiligten nicht aufge-

398.) für eine solche Abstufung wohl der BGH in BetrBer 1963, 250 ff(Bonbonniere); ablehnend Lutz in NJW 1963,625 ff (627) sowie Lieberknecht und Gnauk a.a.O.S. 1075.

zwungen werden[399.].

Somit ist festzustellen, daß den selbst oder durch ihre Organe aktiv in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens tätigen Gesellschaftern eine konkurrierende Eigentätigkeit trotz § 1 GWB untersagt werden darf und solche Abreden ohne Erlaubnis rechtswirksam sind.

3.) Neben dem Schutz vor Interessenkollisionen in der Geschäftsführung kann ein Wettbewerbsverbot anderen Belangen dienen, deren Relevanz einer Prüfung unterzogen werden muß.

So wurde bereits darauf hingewiesen[400.], daß u.a. der Schutz vor einer Verwertung der Einblicke, die ein Gesellschafter durch seine Zugehörigkeit zur Gesellschaft in deren Geschäftsbereich erlangt, als Rechtsgrund für das Wettbewerbsverbot des §112 HGB angesehen wird.

Auch ein von der Führung der Geschäfte der Gesellschaft ausgeschlossener Gesellschafter einer OHG erlangt durch die ihm zustehenden umfassenden Informations- und Kontrollrechte des § 118 HGB Kenntnis von den intimen geschäftlichen Verhältnissen der OHG und ist in der Lage, diese Kenntnisse zum Schaden der Gesellschaft zu verwerten. Das Wettbewerbsverbot des § 112 HGB trifft daher auch ihn[401.], während der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung für einen Kommanditisten, der nach § 166 Abs. 1 HGB nur die Abschrift einer Jahresbilanz verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere nachprüfen kann (§ 166 Abs. 2 HGB), nicht für notwendig erachtet hat. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung, bei der es ganz auf die Ausgestaltung des Einzelfalles ankommt, ist diese gesetzliche Regelung, die nur dispositiven Charakter hat, nicht maßgebend[402.].

Die Gefahr einer illoyalen Ausnutzung der Kenntnisse von den geschäftlichen Verhältnissen des Gemeinschaftsunter-

---

399.) vgl. auch die gesetzliche Regelung im Falle des Todes eines OHG-Gesellschafters: Die Erben können nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter die Einräumung der Stellung von Kommanditisten verlangen (§ 139 Abs. 2 HGB)

400.) vgl. S.122,Anm.389 der Arbeit.

401.) Schlegelberger-Gessler § 112,Anm. 2; Hueck:Recht der OHG S. 123; Weipert in RGRKom HGB § 112,Anm.2; Ganssmüller in Betrieb 1964,431ff (434/435);Götz a.a.O.S. 390.

402.) a.A. wohl Ganssmüller a.a.O.

nehmens kann nach verschiedenen Richtungen hin akut werden. Ein Gesellschafter kann Handlungen begehen, die bereits aufgrund anderer Gesetze untersagt sind. Er kann bei seiner Wettbewerbstätigkeit Patent-, Gebrauchsmuster- oder Warenzeichenrechte verletzen. Seine Aktionen können einen rechtswidrigen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Gesellschaft darstellen[403.], können gegen die guten Sitten verstoßen und Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche begründen (§§ 1 UWG, 823,826 BGB). Insbesondere die Ausnutzung eines Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses des Gemeinschaftsunternehmens für ein Konkurrenzunternehmen eines Gesellschafters kann eine unerlaubte Handlung darstellen[404.].

Daran hat sich mit dem Inkrafttreten des GWB grundsätzlich nichts geändert[405.]. Vertragliche Verpflichtungen zur Unterlassung bereits durch das UWG oder andere Gesetze verbotener Wettbewerbshandlungen fallen nicht unter § 1 GWB. Schutzobjekt des GWB ist nur der lautere Wettbewerb[406.]. Angesichts der umfangreichen und nicht immer widerspruchsfreien Rechtsprechung zu § 1 UWG besteht ein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft daran, vertraglich festzulegen, welche Handlungen verboten und welche gestattet sein sollen. Andernfalls sähen sich die Gesellschafter ständig der Gefahr ausgesetzt, darüber in Streit zu geraten, ob die Grenze vom lauteren zum unlauteren Wettbewerb bereits überschritten ist, eine Grenze, deren Verlauf sich trotz aller Kasuistik nicht ohne weiteres bestimmen läßt. Daher wird man den Gesellschaftern, ohne daß hier dieses Problem auch nur annähernd ausgeschöpft werden könnte[407.], zubilligen müssen, Tatbestände des Grenzbereichs aus dem Zwielicht der "grauen Zone" herauszunehmen und ihnen vertraglich klare Konturen zu geben.

403.) vgl. hierzu BGHZ 29,65

404.) vgl. BGH in WuWE/BGH 531ff (Puder); Baumbach-Hefermehl Einl. UWG II 262 und § 17,Anm. 2ff sowie die dort zitierte Rechtsprechung; Nastelski in GRUR 1957,1ff.

405.) vgl. auch § 21 GWB

406.) BKartA in WuW E/BKartA 145ff (Doppelstecker); BGH in GRUR 1962,154 (157); Müller-Henneberg in GemKom § 1,Anm. 19; FrankfKom § 1 TZ 31;Gleiss und Hootz in NJW 1962,391.

407.) vgl. Franzen in GemKom zu § 28

Wettbewerbshandlungen, die einem Gesellschafter erst durch die Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen möglich geworden sind, wie die Verwertung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder die Ausnutzung von Kundenkontakten, die er in seiner Stellung als Gesellschafter vom Vertrauen seiner Mitgesellschafter getragen angeknüpft hat, können untersagt werden. Wird den Gesellschaftern durch die Teilnahme am Gemeinschaftsunternehmen die Gelegenheit gegeben, Einblick in die " Intimsphäre" der Gesellschaft zu nehmen, mit deren Kunden zu verhandeln, so kann ihnen vertraglich verboten werden, diese Kenntnisse gegen die Gesellschaft oder doch in Konkurrenz zu ihr einzusetzen.

Dabei müssen die Beschränkungen sich in dem Rahmen halten, der sich aus einer Abwägung des Interesses der Gesellschafter, ihr gegenseitiges Vertrauen nicht getäuscht zu sehen, und des Schutzes der Wettbewerbsfreiheit ergibt. Ein allgemeines Wettbewerbsverbot geht zu weit, da es den Umständen des Einzelfalles nicht Rechnung trägt. Insofern hat § 112 HGB durch das GWB eine Relativierung erfahren[408.]. Ein Gesellschafter, der nicht durch seine Mitarbeit in der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens in ständigen Interessenwiderstreit gerät, kann ein eigenes Konkurrenzunternehmen durchaus betreiben, ohne die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Gemeinschaftsunternehmens zu verletzen und ohne bereits vorher als Gesellschafter angeknüpfte Beziehungen zu Kunden der Gesellschaft auszunutzen. Die genaue inhaltliche Fixierung der einzelnen Wettbewerbshandlungen, die im Interesse einer loyalen Zusammenarbeit nicht gestattet werden können, ist sicherlich mühevoller und schwieriger als die Vereinbarung eines allgemeinen Wettbewerbsverbots[409.]. Sie zwingt die Beteiligten jedoch zur genauen Überlegung und Abwägung dessen, was im Interesse einer vertrauensvollen Zusammenarbeit unbedingt erforderlich ist, und nur sie kann verhindern, daß die durch das GWB gesetzten Grenzen überschritten werden.

4.) In der Literatur wird darüber hinausgehend verschiedentlich die Auffassung vertreten, aus der gesellschaftsrecht-

---

408.) vgl. oben S. 119 ff der Arbeit

409.) vgl. Lutz in NJW 1963,626

lichen Treuepflicht ergebe sich, daß die Gesellschafter alles zu unterlassen hätten, was die Erfüllung des Gesellschaftszwecks beeinträchtigen könnte. Die Verfolgung von Sonderinteressen sei nicht gestattet, andernfalls könne die Gesellschaft nicht rentabel arbeiten und ihren Zweck erfüllen[41o.].

Diesen Erwägungen kann im Rahmen des § 1 GWB und der Abgrenzung gegenüber anderen schützenswerten Belangen kein Raum eingeräumt werden. Soeben wurde ausgeführt, die Gefahr von Interessenkollisionen und des Mißbrauchs des in einen Gesellschafter gesetzten Vertrauens durch Ausnutzung der dem Gemeinschaftsbereich zugehörigen Werte (Geschäftsgeheimnisse, Kundenbeziehungen etc.) für eine konkurrierende Eigentätigkeit dürfe auch unter der Herrschaft des GWB durch geeignete, wenn nötig wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen gebannt werden. Das erfordert die reibungslose loyale Zusammenarbeit der Beteiligten im Gemeinschaftsunternehmen, ein Bereich der Rechtsordnung, der gegenüber den wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen Eigenwert besitzt.

Im Gegensatz dazu kann das Bestreben, das Gemeinschaftsunternehmen dadurch rentabel zu gestalten, daß es sich frei von einem Wettbewerb seiner Gründer entwickeln kann, seine Rechtfertigung nur aus Gründen gewinnen, die der Gesetzgeber bereits selbst abschließend im GWB gewertet hat. Nicht andere Schutzbereiche der Rechtsordnung werden tangiert, sondern es geht darum, dem Gemeinschaftsunternehmen die Vorteile einer

---

41o.) Becher in NJW 1961,1998ff;
Rinck: Wirtschaftsrecht Anm. 6o9;

Dieser Gedanke klingt auch bei Kartte (WuW 1963,565 ff (577)) an, der ein Wettbewerbsverbot für geradezu notwendig hält, um ein Gemeinschaftsunternehmen überhaupt lebensfähig zu erhalten.

Gleiss und Hootz (NJW 1963,1338ff) halten den Schutz des gemeinsamen Unternehmens gegen eine "Konkurrenz von innen" für zulässig, da der Gesellschafter seine überschüssige Kraft dem Ziel seiner Beteiligung nicht entgegenrichten, seine Beteiligung nicht neutralisieren dürfe.

von Brunn (WRP 1964,177ff) hält eine Wettbewerbstätigkeit der Gesellschafter für mit Treu und Glauben unvereinbar.

wettbewerbsfreien oder jedenfalls einer Zone verminderten Wettbewerbs zu verschaffen. Hier kollidieren nicht verschiedene Bereiche der Rechtsordnung miteinander, geht es nicht um einen Ausgleich zwischen verschiedenen Gemeinschaftsordnungen. Der Interessengegensatz liegt vielmehr innerhalb des durch die Kodifikation des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen erfaßten Raumes, spielt sich gleichsam innerhalb der Grenzen des GWB ab.

Der Wettbewerb seitens eines Gesellschafters trifft das Gemeinschaftsunternehmen nicht härter als die Konkurrenz durch gleich potente Dritte, mit denen wettbewerbsbeschränkende Abreden nur dann getroffen werden dürfen, wenn die Ausnahmetatbestände der §§ 2 - 8 GWB gegeben sind[411.]. Die Schaffung einer die Beteiligten verbindenden Organisation kann nicht dazu führen, dem Schutz der Rentabilität der Organisation dienliche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen dem Geltungsbereich des GWB schlechthin zu entziehen. Andernfalls müßten, da in § 1 GWB Beschränkungen des Wettbewerbs auf den Gebieten der Produktion und des Absatzes gleich behandelt werden[412.], auch Wettbewerbsverbote und Andienungspflichten gegenüber gemeinsamen Vertriebseinrichtungen gestattet sein. Dort könnte man gleichfalls argumentieren, die gemeinsame Verkaufsgesellschaft müsse davor geschützt werden, daß ihre Mitglieder ihr Konkurrenz machen oder die von ihnen produzierten Waren anderweitig absetzen und damit die Verkaufsgesellschaft unrentabel werde. Solche Erwägungen haben ihren Platz nicht in § 1, sondern in § 5 GWB. Dort spielt die Hebung der Wirtschaftlichkeit und Leistungsfähigkeit eine Rolle. Die Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, die die Rentabilität und Lebensfähigkeit eines Gemeinschaftsunternehmens sicherstellen, ist erst im Rahmen des nach § 5 GWB vorgesehenen Erlaubnisverfahrens zu beurteilen.

Das gleiche gilt für Wettbewerbsbeschränkungen außerhalb des Produktionsbereichs des Gemeinschaftsunternehmens, insbesondere Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen der Gründer. Zwar mögen sie die Gemeinschaftsproduktion erst rentabel

411.) so auch Knur in DNotZ 1963,647

412.) vgl. oben S. 43 der Arbeit

gestalten[413.], darin aber liegt kein Unterschied zu Andienungspflichten gegenüber einem Syndikat. Hier wie dort sind Rationalisierungsgesichtspunkte im Erlaubnisverfahren des § 5 GWB zu würdigen. Auf diesen Standpunkt hat sich auch das BKartA gestellt[414.].

5.) An dieser Stelle sei noch einmal auf den Fall eingegangen[415.], daß die Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit den Gesellschaftern zwar nicht statutarisch untersagt wird, der konkurrierende Gesellschafter aber aus der Gesellschaft ausgeschlossen oder sein Anteil eingezogen werden kann. Soweit das Abfindungsentgelt dem Werte der Beteiligung entspricht, liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Ist das Abfindungsentgelt hingegen nichtäquivalent dem vollen Wert der Beteiligung, so wird man verschiedene Fälle unterscheiden müssen.

Der Ausschluß eines geschäftsführenden Gesellschafters, dem wie dargelegt, sogar ein Wettbewerbsverbot auferlegt werden kann, ist als eine seine Wettbewerbsfreiheit weniger tangierende Maßnahme zulässig.

Bei einem kapitalistisch beteiligten Gesellschafter muß man m.E. weiter differenzieren: Das Abfindungsguthaben kann gerade für den Fall der Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit niedrig gehalten, der Gesellschafter insoweit ungünstiger gestellt sein als in anderen Fällen des Ausscheidens aus der Gesellschaft. Diese spezielle Schlechterstellung als gezielt wettbewerbsbeschränkende Klausel ist ebenso wie ein dem Gesellschafter auferlegtes Wettbewerbsverbot zu behandeln.

Das Ausscheiden kann zu den gleichen Bedingungen aber auch für andere Fälle vorgesehen sein, zum Beispiel, wenn ein Gesellschafter einen wichtigen Grund zu seinem Ausschluß gibt oder selbst aus wichtigem Grund austritt, ferner beim Tode eines Gesellschafters und bei einer Zwangsvollstreckung (Pfändung oder Konkurs), die die Beteiligung ergreift[416.].

413.) vgl. Rittner (Die Ausschließlichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung S. 168), der sich de lege ferenda dafür ausgesprochen hat, Ausschließlichkeitsbindungen in gewissem Rahmen freizustellen.

414.) Beschluß vom 10.4.1964 (Teerverwertung) vgl. S. 29 Fußnote 52 der Arbeit

Dann gilt es, die wettbewerbsrechtlichen Interessen gegen die gesellschaftsrechtlichen abzuwägen.

Ist die Höhe des an den ausscheidenden Gesellschafter zu zahlenden Abfindungsbetrages nicht niedriger bemessen, sind die Fälligkeitsbestimmungen nicht ungünstiger als in dem für ihn günstigsten Fall des anderweitigen Ausscheidens aus der Gesellschaft, so liegt keine spezielle Schlechterstellung für den Fall der Aufnahme einer Konkurrenztätigkeit, sondern eine generelle Regelung vor. Kann ein Gesellschafter ein vollwertiges Entgelt im Sinne einer Beteiligung an den stillen Reserven und dem Substanz- und Ertragswert des Unternehmens auch bei seinem Ausscheiden aus anderen Gründen nicht beanspruchen, so stellt sein Anteil nur einen geringeren Wert dar, den Wert, den der Gesellschafter bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft realisieren kann. Würde man verlangen, im Falle der Aufnahme einer Wettbewerbstätigkeit müsse der volle Wert des Anteils ausgezahlt werden, so würde das bedeuten, daß der Gesellschafter mehr erhalten würde als in anderen Fällen seines Ausscheidens aus der Gesellschaft. Diese gesellschaftsrechtlich untragbare Konsequenz wird vermieden, wenn man ein nicht geringer als in anderen Fällen des Ausscheidens bemessenes Abfindungsentgelt für wettbewerbsrechtlich zulässig erachtet.

415.) vgl. oben S. 9ff der Arbeit.

416.) vgl. hierzu RGZ 142,373;
BGH in NJW 1960,1053;
Hueck: Recht der OHG S. 237 und in Betrieb 1957,37;
Schilling in JZ 1960,745

3.Abschnitt:Die Erlaubnis nach §5 Abs.2 GWB.

1.) Das Verhältnis der Wettbewerbsbeschränkung zur Rationalisierung war in der Vergangenheit Gegenstand mancher scharfsinniger oder auch mehr zweckgerichteter und interessengebundener,oft gar polemischer Erörterungen.Insbesondere zur Zeit der sich über Jahre hinziehenden Beratungen der verschiedenen Entwürfe für ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurde die Diskussion mit Vehemenz geführt,standen sich Argumente und Gegenargumente schroff gegenüber.Die Rationalisierung und die Wettbewerbsbeschränkung wurden zum Teil als grundverschiedene Ideen und der Begriff des Rationalisierungskartells als in sich widersprüchlich betrachtet.[418.] Auf der anderen Seite bezeichnete man die Kartelle geradezu als Wegbereiter und Förderer der Rationalisierung und suchte so den Blick von der Wettbewerbsbeschränkung auf die förderungswürdige Rationalisierung zu lenken[419.].Schon HAUSSMANN[420.] hat im Jahre 1928 die ironische Bemerkung eines Briten erwähnt,Deutschland werde demnächst nur aus Rationalisierern, Rationalisierten und Geheimräten bestehen.Hinsichtlich der Geheimräte hat sich seine Prognose nicht bewahrheitet,eine verstärkte Rationalisierung aber wird auch heute noch,insbesondere bei Angriffen gegen das GWB,immer wieder von neuem gefordert.Es wäre allerdings falsch,anzunehmen,der Ruf nach verstärkter Rationalisierung beschränke sich auf die Bundesrepublik.Er ist ebenso eindringlich aus anderen Ländern zu vernehmen.[421.]

Bei aller Anerkennung für die Notwendigkeit ständiger Bemühungen um eine Verbesserung des Verhältnisses von Energie und Leistung - technisch gesehen -,von Aufwand und Ertrag - wirtschaftlich betrachtet[422.]- darf nicht die Tatsa-

---

418.) so Jodas:Vereinigungen und Gmeinschaftsmassnahmen von Unternehmungen zum Zwecke der Rationalisierung Diss.Berlin 1958,S.125ff.

419.) vgl.Gross:Neue Ideen in der Wirtschaft S.238ff,der in den Rationalisierungsvereinbarungen die "Ablösung des alten Kartellgedankens durch rationalisierende Ergänzungsverträge"sieht,die den Wettbewerb nicht beseitigten,sondern im Gegenteil verstärkten.

420.) KartRdsch 1928,416ff(420)

421.) vgl.S.2 der Arbeit und die Ausführungen von Sölter

che ausser Acht gelassen werden, dass eine überbetriebliche Rationalisierung, zu der sich mehrere konkurrierende Unternehmen zusammenfinden, Wettbewerbsbeschränkungen mit sich bringen kann. Die Rationalisierungs- und Wettbewerbsidee geraten miteinander in Widerstreit, sind in ihren Werten gegeneinander abzuwägen. Dem trägt §5 GWB Rechnung, der im Gegensatz zur ursprünglich vorgesehenen Regelung des §4 Abs.1 des Regierungsentwurfs eine der überbetrieblichen Rationalisierung wesentlich entgegenkommendere Regelung darstellt. Die rechtspolitische Frage, ob sein Rahmen nicht dennoch zu eng ist, muss dahingestellt bleiben[423.]. Immerhin finden sich auch Stimmen, die Bedenken dagegen äussern, dass die "Syndikate in Berlin so munter vom Band laufen"[424.].

2.) Ebensowenig wie in §1 GWB kann man sich bei der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen des §5 Abs.2 und 3 GWB mit allgemeinen Erwägungen ohne ein genaueres Eingehen auf die verschiedenen Tatbestandsmerkmale begnügen. Mit einer Charakterisierung des Vertragsganzen als eines der Rationalisierung dienenden Organisationsgebildes ist wenig gedient.[425)] Auf der anderen Seite ist auch vor einer zu isolierten Betrachtung der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu warnen, die nicht immer klar voneinander abgesetzt sind und daher nicht so punktuell gesehen werden dürfen[426.]. An §5 Abs.2 und 3 GWB kann nicht der Massstab präzis umrissener juristischer Begriffe angelegt werden. Hier wie auch an anderen Stellen des Gesetzes wird die Schwierigkeit sichtbar, wirtschaftliche Erscheinungen in klaren, voneinander abgesetzten Tatbe-

---

421.) und von v.Katzler auf der Tagung der Arbeitsgruppe Rationalisierung und Gesetzgebung der Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes NRW am 27.6. 1962, Heft 58 S.32 und 40.

422.) Deringer in GemKom §5 Anm.1

423.) vgl.S. und das Gutachten zum Wettbewerbsproblem des wissenschaftlichen Beirats des BMWi vom 28.6.1962

424.) Fikentscher in FAZ Nr.204/62; Beckmann: Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes S.5

425.) vgl.S.35ff der Arbeit

426.) Deringer in GemKom §5, Anm.34-36

standsmerkmalen einzufangen und Tautologien zu vermeiden. Mag die Regelung des §5 Abs.2 und 3 inhaltlich angemessen sein oder nicht,ein Musterbeispiel juristischer Gesetzgebungstechnik und Formulierungskunst ist sie nicht.

3.) Zu der Frage,ob Wettbewerbsverbote im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens nach §5 Abs.2 oder 3 gestattet werden können,hat sich das Bundeskartellamt noch nicht geäussert.In dem Fall der Kieler Fischgrosshandels GmbH & Co KG ist das vertragliche Wettbewerbsverbot von den Beteiligten vor der Entscheidung des Bundeskartellamtes aufgehoben worden[427.].

In seinem Beschluss vom 10.4.1964(Teerverwertung[428.]) hat sich das Bundeskartellamt aber mit Andienungspflichten gegenüber einem Gmeinschaftsunternehmen befasst.Die Gesellschafter der im Jahre 1905 gegründeten Gesellschaft für Teerverwertung m.b.H. hatten sich verpflichtet,den gesamten bei ihnen anfallenden Rohteer an das gemeinschaftliche Verarbeitungsunternehmen zu liefern.Für diese "Sonderverpflichtungen" hat das BKartA gemäss §5 Abs.2 eine Erlaubnis für die Dauer von 10 Jahren erteilt.

In der Literatur ist die Frage nur ganz vereinzelt aufgegriffen worden.So weist LUTZ[429.]darauf hin,Wettbewerbsverbote im Rahmen von Arbeitsgemeinschaften könnten als Rationalisierungskartelle legalisiert werden,ohne dazu weitere Ausführungen zu machen.LANGEN[430.]hingegen ist der Ansicht,Neugründungen seien nicht nach §5 Abs.2 und 3 zu beurteilen,da sie garnicht unter §1 GWB fielen.Eine bei Gelegenheit der Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens eingegangene Wettbewerbsbeschränkung,so führt er aus,sei eine blosse Reflexwirkung aus der Neugründung,keine kartellrechtlich beachtliche Verpflichtung[431.].Die Ansicht,Wettbewerbsverbote seien generell §1 GWB nicht unterworfen,hat auch den übrigen Autoren den Weg zu einer Prüfung der Erlaubnistatbestände des §5 Abs.2 und 3 versperrt oder von ihrem Standpunkt aus erspart.Da nach der hier vertretenen Auffassung

---

427.) WuW 1961,858

428.) WRP 1964,201;vgl.auch Anm.52 S.29 der Arbeit

429.) NJW 1961,1833ff(1836)

430.) WuW 1960,237ff(244)

§1 jedoch nur unter bestimmten, oben aufgezeigten Voraussetzungen unanwendbar ist, muss in den übrigen Fällen die Legalisierungsmöglichkeit nach §5 Abs.2 und3 geprüft werden.

4.) Wirtschaftliche Vorgänge zu rationalisieren, bedeutet, sie im Hinblick auf das ökonomische Prinzip so zu gestalten, dass sie gegenüber einem früheren Zustand oder dem ohne die fragliche Massnahme verbessert werden[432.]. Der betriebliche Aufwand muss umgerechnet auf die Produktionseinheit verringert, eine bestimmte Leistung mit einem geringeren Aufwand oder mit einem gegebenen Aufwand eine höhere Leistung erreicht werden[433.]. Es müssen zwei Zustände miteinander verglichen werden[434.], die Entwicklung ohne die und die mit der Rationalisierungsmassnahme. Dabei ist zu beachten, dass neben den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen solche getroffen werden, die in die wettbewerbsneutrale Zone fallen. Einige Beispiele mögen dies verdeutlichen:

Beschränkt das Unternehmen A, das bisher die Produkte X und Y herstellte, seine Erzeugung auf X und bezieht es das Produkt Y von dem Unternehmen B, so liegt darin noch keine Wettbewerbsbeschränkung. Die Wettbewerbsbeschränkung besteht erst darin, dass A sich verpflichtet, das Produkt Y - und B das Produkt X - nicht mehr herzustellen[435.].

Die Wettbewerbsbeschränkung ermöglicht die in der Spezialisierung liegende Rationalisierung und sichert ihre Grundlage. Das kommt in §5 Abs.2 GWB dadurch zum Ausdruck, dass die Regelung der Rationalisierung "dienen" muss. Die Regelung ist die Regelung des Wettbewerbs, also die Vereinbarung, die unter §1 GWB fällt. Sie ist als solche nicht der Rationalisierung gleichzusetzen, sondern das Mittel, den Rationalisierungserfolg zu erreichen[436.].

431.) Diese Auffassung ist bereits abgelehnt worden (S.111)

432.) BKartA in WuW E/BKartA 162ff (Basalt) und 211ff (Thomasphosphat)

433.) BKartA in WuW E/BKartA 516ff (Langfräsmaschinen)

434.) Deringer in GemKom §5, Anm.38

435.) Deringer in GemKom §5, Anm.3

436.) Deringer in GemKom §5 Anm.4 und 51

So liegt,um ein anderes Beispiel zu nennen,bei einem Syndikat die Rationalisierung in der Zusammenfassung des Verkaufs,der Ersparnis von Vertriebskosten,der sinnvollen Steuerung der Aufträge etc.Die Andienungspflicht und eine Quotenvereinbarung - erst sie stellen die Wettbewerbsbeschränkung dar,denn die Gründung einer Verkaufsgemeinschaft als solche ist wettbewerbsrechtlich neutral[437.] - sind das Mittel,um die Rationalisierung zu erreichen,geben dem Ganzen die nötige feste Grundlage sozusagen als der Zement,der das Rationalisierungsgebäude zusammenhält.

Als letztes Beispiel mag der Fleurop-Beschluss des Bundeskartellamts[438.] angeführt werden,in dem das BKartA erklärt,das ganze Bündel von Wettbewerbsbeschränkungen bilde und sichere zusammenwirkend die Grundlage der Rationalisierungsregelung.So diene die Verpflichtung,Spendenverkäufe nur durch Fleurop-Unternehmen zu vermitteln und Vermittlungsangebote nur von Fleurop-Unternehmen anzunehmen,einmal der Absicherung der Grundlage,zum anderen der Erhaltung eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen den Fleurop-Unternehmen,das zur Gewährleistung einwandfreier Ausführung notwendig sei.

Auf die Gemeinschaftsgründungen bezogen,bedeutet diese Erkenntnis,dass die Rationalisierung in der gemeinschaftlichen Produktion zu suchen ist.Die wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen,zum Beispieldas Verbot der Ausübung einer Konkurrenztätigkeit durch die Gründer sowie Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen,müssen,wenn §5 Abs.2 Anwendung finden soll,der durch eine gemeinsame Produktion zu erzielenden Rationalisierung dienen.Der Vergleich,den der Begriff der Rationalisierung erfordert,hat zwischen dem Zustand,wie er ohne die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens bestehen würde,und dem nach dessen Gründung zu erfolgen.Nicht etwa ist der Betrieb eines Gemeinschaftsunternehmens ohne Wettbewerbsbeschränkungen,also zum Beispiel ohne Wettbewerbsverbote und Andienungspflichten,mit dem Betrieb des durch Wettbewerbsbeschränkungen geschützten Unternehmens zu vergleichen.

437.) Deringer in GemKom §5 Anm.97

438.) WuW E/BKartA 677ff

Man muss darauf abstellen, welche Leistung die Gründer mit dem Aufwand, den sie dem Gemeinschaftsunternehmen zuwenden, getrennt und selbständig hätten erbringen können. Nicht kooperativ, sondern individuell agierend hätten sie die für das Gemeinschaftsunternehmen gemachten Aufwendungen zum Ausbau oder der Modernisierung schon bestehender eigener Anlagen oder der Errichtung neuer verwenden können. Errichten A und B eine gemeinsame Fabrikationsanlage, in die sie jeder 50 Mio DM investieren, so ist festzustellen, ob der Betrieb dieses Gemeinschaftswerks eine Rationalisierung gegenüber dem Betrieb zweier getrennter Werke, für die die Beteiligten je 50 Mio DM aufwenden, bedeutet. Ganz ausser Betracht bleiben muss die Frage, ob A und B auch in der Lage wären, jeder 100 Mio DM, vielleicht unter erhöhter Inanspruchnahme von Fremdmitteln, nach einer Kapitalerhöhung oder unter Zurückstellung anderer Investitionspläne für getrennte Werke gleicher Dimension wie das Gemeinschaftsunternehmen aufzuwenden. Einmal würde die Kartellbehörde diese Frage kaum entscheiden können, da es sich um von unternehmerischer Initiative getragene Entschlüsse handelt, für die objektive Massstäbe weitgehend fehlen. Zum anderen, und das ist entscheidend, würde man auf diese Weise die Basis, auf der der Zustandsvergleich vorzunehmen ist, von Grund auf verändern. Man würde an die Stelle einer auf die konkreten Rationalisierungsmassnahmen zu beschränkenden Prüfung eine allgemeine Beurteilung der Investitionspolitik der Beteiligten setzen, was mit §5 Abs.2 GWB nicht vereinbar wäre. Es ist nur abzuwägen, ob der gemeinschaftliche Einsatz der Mittel, die die beteiligten Unternehmen für diesen Zweck vorgesehen haben, einen Rationalisierungsfortschritt gegenüber ihrem getrennten Einsatz bedeutet.

Der Vergleich wird nicht immer einfach sein. Eine exakte Beweisführung würde die Kenntnis zweier betrieblicher Entwicklungslinien[439.)] voraussetzen, von denen mindestens eine, hier sogar beide, nicht bekannt sind. §5 Abs.2 GWB lässt daher die objektive Eignung zur Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit genügen. Das BKartA muss sich mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil begnügen[440.)] Es genügt, wenn der Er-

---

439.) BKartA in WuW E/BKartA 629ff (Armaturen)

440.) BKartA in WuW E/BKartA 271ff (Einheitshydraulik)

folg nach verständiger Würdigung erreichbar erscheint[441.])

5.) Im folgenden seien Wirkungen der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen aufgeführt, in denen eine Rationalisierung liegen kann. Sie können im Einzelfall kumulativ oder auch allein auftreten. Nicht erforderlich ist, dass jede einzelne Rationalisierungswirkung für sich allein zu einer wesentlichen Hebung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit führt. Es genügt, wenn die Wirkungen jedenfalls zusammen als wesentlich anzusehen sind.[442.])

Nicht geschieden werden soll zwischen einer verbesserten Leistungsfähigkeit und einer erhöhten Wirtschaftlichkeit. Das BKartA hat mit Recht betont, es liege im Begriff jeder Rationalisierung, die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit zu verbessern. Wenn das nicht der Fall sei, liege überhaupt keine Rationalisierung vor. Die Verbesserung der Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit sei eine Folge der Rationalisierung, stehe mit dem Rationalisierungseffekt in engem Zusammenhang[443.]). Mögen dabei die Aspekte, unter denen die Begriffe der Hebung der Leistungsfähigkeit einerseits und der Wirtschaftlichkeit andererseits die Rationalisierungsfolgen erfassen, auch verschieden sein[444.]), so gehen sie doch weitgehend ineinander über. Die beiden Begriffe stehen gleichrangig nebeneinander. Eine Differentialbetrachtung hätte, wenn überhaupt, nur bei Kenntnis der genauen Umstände des Einzelfalls Sinn.

Bereits im ersten Teil der Arbeit wurde darauf hingewiesen, dass die stürmische Entwicklung der Technik ein Anwachsen der optimalen Betriebsgrössen und eine Steigerung der Kapitalintensität der Produktionsprozesse zur Folge hat und weiter haben wird. Ein getrenntes Vorgehen der Beteiligten kann zu Anlagen führen, die entweder nicht dem neuesten Stande der Technik entsprechen oder aber der optimalen Betriebsgrösse weniger nahekommen. Die elektronische Steuerung einer Produktionsstrasse, Automation und Fliessbandproduktion, keine Umstellzeiten benötigende Einzweckanlagen etc. werden

---

441.) BKartA in WuW E/BKartA 629ff; Deringer GemKom §5, Anm 56

442.) BKartA in WuW E/BKartA 211ff

443.) WuW E/BKartA 162ff, 211ff u. 322ff (Textillohn)

erst von einer gewissen Grösse und Kapazität an wirtschaftlich[444a.)]

Grössere Serien können wegen des Bedarfs grösserer Mengen von Vormaterial einen vorteilhafteren Einkauf gestatten[445.)]. Auch kann die benötigte Energie häufig günstiger bezogen werden, ganz abgesehen von dem durch den Einsatz nur einer Anlage verminderten Energiebedarf.

Eine grössere Serie kann ferner eine geringere Lagerhaltung ermöglichen. Mehrere Unternehmen müssten jedes voneinander getrennte Lager mit einer gewissen Mindestgrösse halten, um Bedarfsschwankungen gewachsen zu sein. Eine gemeinschaftliche Produktion kann demgegenüber Bedarfsspitzen, auf die sich sonst jedes Unternehmen einstellen müsste, besser ausgleichen[446.)]. Die Gemeinschaftsproduktion kann so einer überdimensionierten Lagerhaltung entgegenwirken und doch die Einhaltung kürzerer Lieferfristen ermöglichen.

Neben der Erstellung technisch vollendeterer Anlagen, den Vorteilen grösserer Serien und einer kontinuierlicheren Beschäftigung lassen sich zahlreiche andere Rationalisierungswirkungen denken. Die Arbeiter gewinnen durch die Vielzahl gleichbleibender Arbeitsvorgänge grössere Routine, die Arbeitsproduktivität steigt[447.)]. Grossaufträge können schneller durchgeführt werden[448.)]. Es kann ein unnötiger Parallelaufwand, den jede einzelne Anlage erfordern würde, vermieden werden[449.)]. Die Standardisierung des Herstellungssortiments kann wegen der besseren Belieferung mit Ersatzteilen den funktionellen Wert der Produkte erhöhen[450.)]. Die Zusammenfassung der Produktion kann eine bessere vorausschauende Planung und zentrale Produktionssteuerung ermöglichen[451.)].

444.) vgl. Deringer in GemKom §5, Anm. 61, der in der Leistungsfähigkeit mehr die technische und in der Wirtschaftlichkeit mehr die kaufmännische Seite sieht.

444a) im einzelnen vgl. die Ausführungen S. 10ff der Arbeit

445.) BKartA in WuW E/BKartA 687ff (Drehbänke)

446.) BKartA in WuW E/BKartA 211ff, 292ff und 687ff

447.) BKartA in WuW E/BKartA 687ff

448.) BKartA in WuW E/BKartA 241ff (Terrazzo)

449.) BKartA in WuW E/BKartA 516ff

Besondere Rationalisierungsvorteile können bei einer gemeinsamen Verwertung von Kuppel- oder Nebenprodukten auftreten, deren Herstellung sich nicht oder nur sehr begrenzt der Nachfrage anpassen lässt, weil sie vom Umfang der Haupt-Produktion abhängig ist[452.].

Zu der Rationalisierung im Produktionsbereich kann, wenn das Gemeinschaftsunternehmen seine Erzeugnisse nicht an die Gründer liefert, sondern selbst veräussert, der Vorteil der einheitlichen Vertriebsorganisation hinzutreten, die den beteiligten Unternehmen die Unterhaltung eigener Vertriebsorganisationen für diesen Produktionsbereich ersparen kann[453.].

Bedenken gegen die Anwendung des §5 Abs.2 könnte man daraus herleiten, dass die Rationalisierung bei den "beteiligten Unternehmen" eintreten muss[454.]. Man könnte versucht sein, zu argumentieren, nicht die Leistungsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit der "beteiligten Unternehmen" werde durch eine Gemeinschaftsproduktion gehoben, sondern es werde ein neues leistungsfähigeres und wirtschaftlicheres Unternehmen erst geschaffen. Eine derartige Unterscheidung würde dem Sinn des §5 Abs.2 nicht gerecht werden. Wird ein neues Rechtssubjekt geschaffen, so muss dessen Funktion als Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung seiner Gesellschafter gesehen werden, die durch das Gemeinschaftsunternehmen statt getrennt, gemeinsam am Produktions- und Verteilungsprozess teilnehmen. Das Dazwischenschalten eines neuen Rechtssubjekts führt nicht dazu, dass die Rationalisierung ausserhalb der Sphäre der Beteiligten erfolgt. Allein darauf aber wird in §5 Abs.2 abgestellt, wenn der Eintritt der Rationalisierung bei den

---

450.) BKartA in WuW E/BKartA 271ff

451.) BKartA in WuW E/BKartA 292ff

452.) vgl.z.B.die S.29 der Arbeit erwähnten Teerverarbeitungsgemeinschaften; ferner BKartA in WuW E/BKartA 211ff und 341ff(Ruhrstickstoff)

453.) vgl.hierzu BKartA in WuW E/BKartA 104ff(Kali), 211ff und 341ff

454.) vgl.dazu Deringer in GemKom §5, Anm.39 und Anm.66-67

"beteiligten Unternehmen" verlangt wird[455.].

Wenn trotz dieser vielfältigen Rationalisierungsvorteile noch immer eine nicht unbeträchtliche Scheu vor der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen besteht, so ist der Grund darin zu sehen, dass sie einen weitgehenden Verzicht auf eigene unternehmerische Initiative und Gestaltungsmöglichkeiten voraussetzen. Den Schritt von der selbständigen in die Gemeinschaftsproduktion wird sich jeder Unternehmer sehr sorgfältig überlegen. Anders als bei den wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen im Absatzbereich sind erhebliche Kapitalaufwendungen nötig, tritt eine nicht einfach wiederaufzulösende Verflechtung ein, die man, wenn keine Verbesserung des Verhältnisses von Aufwand und Ertrag damit verbunden ist, kaum eingehen wird.

6.) Die Wettbewerbsbeschränkung muss der Rationalisierung "dienen", muss ein Mittel zur fortschreitenden Rationalisierung der beteiligten Unternehmen sein. Hingegen ist nicht die Feststellung erforderlich, ohne die Wettbewerbsbeschränkung sei der Rationalisierungserfolg überhaupt nicht zu erreichen. Im Gegensatz zu §5 Abs.3 genügt es für §5 Abs.2 GWB, wenn die Wettbewerbsbeschränkung zum Rationalisierungserfolg in einem angemessenen Verhältnis steht.

Soweit ein den Gesellschaftern auferlegtes Verbot, konkurrierend mit dem Gemeinschaftsunternehmen auf dessen Sektor tätig zu werden, nicht ohnehin bereits dem Anwendungsbereich des GWB entzogen ist, weil es dem Schutz vorrangiger Werte dient[456.], kann es doch den Rationalisierungseffekt der Gemeinschaftsproduktion erst ermöglichen oder ihn jedenfalls erheblich steigern. Das Wettbewerbsverbot kann geradezu notwendig sein, um das Gemeinschaftsunternehmen lebensfähig und rentabel zu gestalten[457.]. Die von den Beteiligten mit

---

455.) Das BKartA hat sogar bei der Bundesbahn erreichte Rationalisierungserfolge "wegen der notwendigen Verbindung der von den Antragstellern durchgeführten Gesellschaftsreisen mit der Bundesbahn" als deren eigene anerkannt (BKartA in WuW E/BKartA 491ff (Gesellschaftsreisen)).

456.) vgl. S. 120ff der Arbeit

457.) Walther in WuW 1957,571; Becher in NJW 1961,1998ff; Kartte in WuW 1963,565ff(577)

seiner Errichtung erbrachte unternehmerische Leistung kann des Schutzes vor einer Konkurrenz von innen bedürfen,um einen Fortschritt gegenüber dem früheren Zustand der Zersplitterung der Kräfte zu bedeuten.Die Rationalisierungsmassnahmen zur Erreichung grösserer Serien und einer besseren Auslastung hohe Ausnutzungsraten erfordernder Anlagen erreichen ihren höchsten Wirkungsgrad häufig erst dann,wenn die gesamte Produktion der Beteiligten in dem Gemeinschaftsunternehmen zusammengefasst wird.Wird eine Konkurrenztätigkeit zugelassen,so kann der Rationalisierungseffekt weitgehend wieder verloren gehen,indem die Ausnutzungsrate des Gemeinschaftsunternehmens absinkt.

Dabei spielt es keine Rolle,ob die Beteiligten eine personalistische oder kapitalistische Stellung im Gemeinschaftsunternehmen innehaben,weil es hier nicht um die Abwendung von Kollisionsgefahren in der Geschäftsführung,sondern um die Erhaltung und Sicherung der höchstmöglichen Rationalisierungseffektivität geht,die durch eine Zersplitterung der Kräfte in Gefahr geraten könnte.

Der gleiche Konzentrationseffekt nur auf einer vorgelagerten oder nachfolgenden Stufe des Produktionsprozesses wird durch Andienungs- oder Abnahmevereinbarungen erreicht. Der Rationalisierungsvorteil der gemeinsamen Herstellung von Vormaterial oder der gemeinsamen Weiterverarbeitung,die optimale Ausnutzung der Gemeinschaftsanlagen,kann beeinträchtigt werden,wenn den Beteiligten ein anderweitiger Absatz oder Bezug gestattet wird[458.]. Die hohen Investitionskosten rentieren sich oft nur,wenn der Absatz bei den beteiligten Unternehmen oder die Auftragserteilung durch sie sichergestellt ist[459.].

7.) Eine Berücksichtigung der Interessen der Marktgegenseite erfordert das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur besseren Bedarfsbefriedigung.Die Rationalisierung darf nicht nur den Beteiligten in Form höherer Gewinne zugutekommen, sondern die Vorteile müssen zumindest teilweise weitergege-

---

458.) vgl.Rittner a.a.O.S.168; Steiner in Betrieb 1959,1132

459.) BKartA in WuW E/BKartA 528ff(SteinzeugII); BKartA in WRP 1964,201(Teerverwertung)

ben werden[460.]. In Art.85 Abs.3 des EWG-Vertrages hat dieser Gesichtspunkt in der "angemessenen Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn" Ausdruck gefunden.

Die bessere Bedarfsbefriedigung kann zum Beispiel in einer Qualitätsverbesserung, die durch die modernen kontinuierlich und gleichmässig laufenden Anlagen erreicht wird[461.] oder in einer Abkürzung der Lieferfristen durch die Produktion in grösseren Serien[462.] liegen. Von besonderem Gewicht ist eine durch die rationellere Produktion ermöglichte Preissenkung und das Auffangen von Kostensteigerungen[463.].

Als zukünftiges Ereignis lässt sich die bessere Bedarfsbefriedigung nur aufgrund von Erwartungen und allgemeinen Erfahrungen beurteilen. Das Bundeskartellamt muss sich bei der Entscheidung über den ersten Erlaubnisantrag mit einem Wahrscheinlichkeitsurteil begnügen[464.]. Der tatsächliche Eintritt oder Nichteintritt der Erwartungen ist erst bei der Entscheidung über einen Verlängerungsantrag zu berücksichtigen[465.]. Die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe der Rationalisierungsvorteile wird umso grösser sein, je schärfer der Wettbewerb mit Aussenseitern ist[466.]. Da die Anzahl der an einem Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen zumeist gering ist, werden sie im allgemeinen noch einer erheblichen Aussenseiterkonkurrenz ausgesetzt sein, die sie dazu zwingen wird, die Rationalisierungsvorteile ihrer Preiskalkulation zugrundezulegen und zumindest zum Teil an die Abnehmer weiterzugeben.

8.) Schliesslich muss ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Rationalisierungserfolg und der Wettbewerbsbe-

---

460.) BKartA in WuW E/BKartA 224ff (Niedersächsische Kalkwerke); Deringer in GemKom §5, Anm.73

461.) BKartA in WuW E/BKartA 224ff, 271ff und 341ff

462.) BKartA in WuW E/BKartA 211ff

463.) BKartA in WuW E/BKartA 211ff, 224ff und 271ff; Deringer in GemKom §5, Anm.73

464.) BKartA in WuW E/BKartA 271ff

465.) BKartA in WuW E/BKartA 224ff und 528ff

466.) BKartA in WuW E/BKartA 516ff, 529ff, 668ff (Bleiweiss) und 687ff

schränkung bestehen. Die Vor- und Nachteile müssen sich zumindest die Waage halten[467.]. Als Rationalisierungserfolg kommen dabei sowohl die Hebung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit als auch die bessere Bedarfsbefriedigung in Betracht, der im Interesse der Allgemeinheit besonderes Gewicht zukommt[468.]. Diese Vorteile sind gegen den Nachteil der Wettbewerbsbeschränkung und der daraus resultierenden Eignung zur Marktbeeinflussung abzuwägen[469.]. Je geringer die Wettbewerbsbeschränkung und die Eignung zur Marktbeeinflussung ist, umso geringer brauchen die Rationalisierungserfolge zu sein[470.]. Ferner ist die wirtschaftliche Lage der beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen. Ist diese ungünstig, wird schon eine geringfügige Verbesserung schwer wiegen.[471.]

Ein solch ausgewogenes Verhältnis zwischen Rationalisierungserfolg und Wettbewerbsbeschränkung dürfte bei den Gemeinschaftsunternehmen in der Regel gegeben sein. Die im Produktionsbereich erzielbaren Rationalisierungserfolge sind gravierender und für den Abnehmer im vorteilhaften Sinne spürbarer als die im Absatzbereich zu erzielenden[472.]. Zudem schliessen Wettbewerbsverbote die Konkurrenz der Beteiligten auf dem Sektor des Gemeinschaftsunternehmens zwar ganz aus, die Wettbewerbsbeschränkung erreicht ein Höchstmass an Intensität doch im allgemeinen keine so grosse Breitenwirkung wie ein Verkaufssyndikat, das nach möglichst weitgehender Erfassung der brancheangehörigen Unternehmen streben muss.

9.) An eine weitere Voraussetzung ist die Erlaubnis zur Rationalisierung durch Spezialisierung geknüpft: die Spezialisierung darf den Wettbewerb auf dem Markt nicht ausschlies-

---

467.) BKartA in WuW E/BKartA 629ff

468.) BKartA in WuW E/BKartA 271ff, 322ff, 516ff; Deringer in GemKom §5, Anm. 77

469.) BKartA in WuW E/BKartA 516ff; Seemann a.a.O. S. 45

470.) BKartA in WuW E/BKartA 491ff, 516ff und 629ff

471.) BKartA in WuW E/BKartA 668ff

472.) So musste das BKartA jeweils erhebliche Mühe aufwenden, um überhaupt bedeutungsvolle Rationalisierungserfolge bei den Verkaufssyndikaten festzustellen.

sen(§5Abs.2 Satz3).Man kann zweifeln,ob die Überlassung eines bestimmten Produktionsgebietes an das Gemeinschaftsunternehmen,die Vereinbarung,dass auf diesem Sektor nur das Gemeinschaftsunternehmen tätig werden soll,als Spezialisierung anzusehen ist.Im Gegensatz zu den üblichen Spezialisierungsvereinbarungen verpflichten sich nicht mehrere Unternehmen wechselseitig,in den Spezialbereich des anderen nicht einzudringen,wird nicht eine wechselseitige Aufteilung auf mehrere Produzenten vorgenommen,sondern ein bestimmtes Produktionsgebiet dem Gemeinschaftsunternehmen vorbehalten[473.])

Geht man davon aus,dass der Gesetzgeber für die Spezialisierungsabreden deshalb das besondere Erfordernis aufgestellt hat,der Wettbewerb dürfe nicht ausgeschlossen werden,weil er eine Konzentrierung der Herstellung bestimmter Artikel in einem oder wenigen Unternehmen hat vermeiden wollen,so muss man zu dem Ergebnis kommen,§5 Abs.2 Satz3 sei auch auf die "einseitige" Produktionsspezialisierung anzuwenden.Allerdings kommt dem in den meisten Fällen von Gemeinschaftsgründungen keine praktische Bedeutung zu,weil ein

---

473.)Lanzenberger(a.a.O.S.15) betrachtet als Spezialisierung die "zu Rationalisierungszwecken vorgenommene Aufteilung der Produktion auf einzelne von mehreren Unternehmen durch rechtlich bindende Absprachen".
Deringer(GemKom §5,Anm.85) sieht in ihr "eine Beschränkung der beteiligten Unternehmen auf eine Auswahl von Typen,einen Verzicht des einzelnen Partners auf bestimmte Tätigkeitsgebiete,während er andere Gebiete für sich ausschliesslich erhält".
Sölter(Gruppenwettbewerb und Wettbewerbsordnung I Vorträge des 15.Deutschen Betriebswirtschaftertages 1962 S.240) stellt der Spezialisierung als Arbeitsteilung die Arbeitszusammenfassung gegenüber.Dabei dürfte es sich aber eher um ein nettes Wortspiel denn um einen echten Gegensatz handeln.
Ohne speziell die Gemeinschaftsunternehmen zu behandeln, neigen die vorgenannten Autoren wohl dazu,eine wechselseitige Spezialisierungsverpflichtung als wesentlich anzusehen.
Jedoch findet sich ebenso die Auffassung,die Zusammenfassung bestimmter Produktionsvorgänge in einem Gemeinschaftsunternehmen sei eine besondere Art der Spezialisierung(so Vormbaum in Heft 58 der Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes NRW S.43;ferner Menges in WuW 1963,793).Jodas(a.a.O. S.30)spricht hier von einer vertikalen Spezialisierung.

Wettbewerbsausschluss wegen verbleibender Aussenseiterkonkurrenz hier selten sein wird[474.].

10.) Von der Erfüllung der zusätzlichen schärferen Voraussetzungen des §5 Abs.3 GWB abhängig ist die Erlaubnis gemeinsamer Beschaffungs- und Vertriebseinrichtungen(Syndikate).

Damit wird der erhöhten Gefahrensituation im Hinblick auf die Interessen der Marktgegenseite Rechnung getragen.Beschaffung und Vertrieb sind sozusagen die Aussenbereiche unternehmerischer Tätigkeit,die Bereiche,in denen Kontakte mit Dritten erfolgen.Koordinationen in dieser marktnahen Sphäre bergen in besonderem Masse die Gefahr der Beeinträchtigung von Interessen der Marktgegner in sich.Es ist daher nur folgerichtig,wenn in §5 Abs.3 GWB gemeinsame Beschaffungs- und Vertriebseinrichtungen entsprechend ihrer besonderen Gefährlichkeit schärferen Anforderungen unterworfen werden.

Im Gegensatz zu den Syndikaten erfolgt bei den hier behandelten Gemeinschaftsunternehmen die Zusammenfassung in der Produktionssphäre.Es wird nicht die speziell für Wettbewerbsbeschränkungen besonders anfällige Beschaffungs- und Absatzfunktion vereinheitlicht,sondern ein neues Produktionsunternehmen geschaffen.Während die Syndikate nur eine partielle,auf den marktnahen Bereich der Beschaffung oder des Absatzes beschränkte Tätigkeit für ihre Mitglieder ausüben,ist das Gemeinschaftsunternehmen ein echter neuer Produzent,der die von ihm selbst hergestellten eigenen und nicht die Produkte seiner Gründer vertreibt.

Auch das Bundeskartellamt[475.] betont,dass gemeinsame Produktionsanlagen keine gemeinsamen Vertriebseinrichtungen im Sinne des §5 Abs.3 seien[476.].

Unterfällt die Gemeinschaftsproduktion somit sowohl nach dem Sinn und Zweck als auch nach dem Wortlaut des §5 Abs.3 grundsätzlich nicht den strengen Erlaubnisvoraussetzungen,so kann das doch bei den sogenannten Verarbeitungsgemeinschaften zweifelhaft erscheinen.

474.) Grössere Bedeutung erlangt die Frage im Geltungsbereich des Montanvertrages (vgl.Art.65 §2 Abs.1 lit a MUV).

475.) Beschluss vom 10.4.1964(Teerverwertung)in WRP 1964,201

476.) vgl.auch Deringer in GemKom §5,Anm.97

Das Besondere dieser Gemeinschaften liegt darin, dass Waren der Unternehmen der Beteiligten weiterverarbeitet und sodann veräussert werden, das Verarbeitungsunternehmen wie das Syndikat eine Hilfsfunktion für die Beteiligten ausübt.[477.] Das allein berechtigt aber nicht dazu, die Verarbeitungsgemeinschaften den Syndikaten des §5 Abs.3 gleichzustellen. Zusätzliches Erfordernis für die Anwendung der besonderen Erlaubnisvoraussetzungen ist, dass die gemeinsam ausgeübte Hilfsfunktion speziell den Beschaffungs- oder Vertriebsbereich erfasst. Entscheidend muss sein, ob sich die Tätigkeit des neuen Unternehmens im wesentlichen auf diese marktnahen Bereiche beschränkt oder aber weitergeht und in den Produktionssektor hinübergreift.

Übt das Gemeinschaftsunternehmen eine echte Fabrikationstätigkeit aus, ist es trotz seiner Hilfsfunktion keine gemeinsame Vertriebseinrichtung der Unternehmen der Beteiligten, sondern eine gemeinsame Produktionsanlage, die ihre eigenen Erzeugnisse absetzt[478.].

Erfolgen im Gemeinschaftsunternehmen hingegen nur relativ unbedeutende Aufbereitungsvorgänge (Sortierung, Kennzeichnung, Verpackung, Säuberung), liegt das Schwergewicht also auf der Zusammenfassung der Erzeugnisse der Beteiligten zum gemeinsamen Vertrieb, so müssen die erhöhten Anforderungen des §5 Abs.3 erfüllt sein. Vertrieben werden dann nicht die Erzeugnisse einer Gemeinschaftsanlage, sondern die der getrennten Unternehmen der Beteiligten. Grenzfälle lassen sich nur bei Kenntnis des konkreten Einzeltatbestandes beurteilen.

11.) Ein Wettbewerbsverbot und den Gesellschaftern auferlegte Andienungs- oder Abnahmeverpflichtungen können auf längere Zeit oder permanent erforderlich sein, wenn der Rationalisierungserfolg nicht wieder entfallen soll. Die Notwendigkeit einer permanenten Wettbewerbsregelung soll nach SEEMANN[479.] einer Erlaubniserteilung nach §5 Abs.2 entgegenstehen[480.]. Er stützt seine Ansicht darauf, dass nach §11 GWB die Erlaub-

---

477.) Diese Art von Gemeinschaftsunternehmen hat Herzog (Kart Rdsch 1930, 272ff) einmal als "Fabrikationssyndikate" bezeichnet.

478.) so auch BKartA in WRP 1964, 201 (Teerverwertung)

479.) a.a.O. S.10

nis in der Regel nicht für einen längeren Zeitraum als drei Jahre erteilt werden soll.

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine Befristung der Erlaubnis auch dann einen Sinn hat, wenn der Rationalisierungserfolg nur bei langandauerndem Bestand der Wettbewerbsbeschränkung zu erreichen ist, die Wettbewerbsregelung ihrem Wesen und ihrer Bedeutung nach gar auf dauernde Geltung gerichtet ist. Der Kartellbehörde wird durch die Befristung Gelegenheit gegeben, sich davon zu überzeugen, dass die Rationalisierungserfolge wenigstens zum Teil weiter gegeben worden sind und so zu einer besseren Bedarfsbefriedigung geführt haben. Die Kartellbehörde muss geänderten rechtlichen und wirtschaftlichen Erkenntnissen Rechnung tragen können. So kann die Marktsituation sich im Laufe der Jahre völlig ändern. Das Gemeinschaftsunternehmen kann wirtschaftlich so stark werden, dass eine Konkurrenz seitens der Gesellschafter die erzielten Rationalisierungsvorteile nicht mehr gefährden würde. Aus der Notwendigkeit einer gewissen Permanenz einer Wettbewerbsbeschränkung kann nicht geschlossen werden, eine Erlaubnis dürfe nicht erteilt werden.

Vielmehr ist in solchen Fällen eine längere Erlaubnisfrist einzuräumen[481.]. Im Gegensatz zu gemeinsamen Vertriebseinrichtungen, die im allgemeinen ohne grösseren Investitionsaufwand auskommen, werden in gemeinsamen Produktionsanlagen so hohe Investitionen vorgenommen, dass eine Erlaubnis für einen längeren Zeitraum als drei Jahre notwendig ist. Das Bundeskartellamt hat in letzter Zeit mehrfach eine Erlaubnis für die Dauer von bis zu zehn Jahren erteilt[482.].

Schwierigkeiten können sich allerdings daraus ergeben, dass nach §11 Abs.2 Satz2 GWB eine Verlängerung der Erlaubnis nur für diejenigen Unternehmen erteilt werden darf, die sich damit der Kartellbehörde gegenüber schriftlich einverstanden erklärt haben. Da die Erklärung erst drei Monate vor Ablauf der Erlaubnis abgegeben werden kann, ist es den Unternehmen möglich,

---

480.) a.A. BKartA in WuW 1963,1032(Kali II) und bereits früher in WuW E/BKartA 677ff und 687ff; gegen Seemann auch Deringer in GemKom §5,Anm.4 allerdings ohne nähere Begründung.

481.) Dörinkel in GemKom §11,Anm.3

482.) WRP 1964,201(Teerverwertung):10 Jahre; WuW E/BKartA 677 (Fleurop):6 Jahre; BAnz Nr.146/64(Vakuumtechnik):10 Jahre

nach Ablauf der Erlaubnisfrist die Bindungen abzustreifen und eine Konkurrenztätigkeit aufzunehmen. Der Gesetzgeber ist hier wohl zu ängstlich gewesen[483.]. Die Kartellbehörde muss mit längeren Erlaubnisfristen weiterhelfen. Im übrigen können die Gesellschafter für diesen Fall das Ausscheiden des betreffenden Partners aus dem Gemeinschaftsunternehmen im Gesellschaftsvertrag vorsehen, wobei die Abfindung allerdings dem Wert der Beteiligung entsprechen muss[484.].

<u>4. Abschnitt: Der Einfluss der Unwirksamkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen auf den Fortbestand der Gesellschaft.</u>

Solange eine Erlaubnis gemäss §5 nicht erteilt ist, sind die wettbewerbsbeschränkenden Vertragsbestimmungen schwebend unwirksam[485.]. Wird die Erlaubnis erteilt, werden sie mit Wirkung vom Tage der Entscheidung an[486.] rechtswirksam. Wird der Erlaubnisantrag rechtskräftig negativ beschieden, wandelt sich die schwebende Unwirksamkeit zur endgültigen Nichtigkeit.

Wettbewerbsbeschränkende Vertragsbestimmungen, die in sogenannten Altverträgen enthalten sind, d.h. Verträgen, die vor dem 1.1.1958, dem Tage des Inkrafttretens des GWB (§109 Abs.1), geschlossen wurden, sind mit dem 30.6.1958 endgültig unwirksam geworden, wenn nicht bis zu diesem Zeitpunkt ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis bei der Kartellbehörde gestellt wurde (§106 Abs.2 GWB). Die Unwirksamkeit lässt sich auf später gestellte Anträge hin nicht mehr beheben[487.].

Die schwebende Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vertragsteile kann über diese hinaus den Fortbestand des Vertragsganzen in Frage stellen. Grundsätzlich ist dann, wenn ein Teil eines Rechtsgeschäfts nach §1 GWB schwebend unwirksam oder nichtig ist, das ganze Rechtgeschäft gemäss §139 BGB schwebend unwirksam oder nichtig, falls nicht

---

483.) so auch Dörinkel in GemKom §11, Anm.3

484.) Seite 133 der Arbeit

485.) Müller-Henneberg in GemKom §1, Anm.61

486.) Deringer in GemKom §5, Anm.122

487.) BGH in WuW E/BGH 359ff (Gasglühkörper); Schwartz in GemKom §106, Anm.4; Knur in DNotZ 1963, 649 N 33

anzunehmen ist,dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde[488.]. Hierzu erscheinen nähere Ausführungen erforderlich,da §139 BGB nicht onne weiteres in allen Fällen angewandt werden kann.

Wird das Gemeinschaftsunternehmen in Form einer GmbH oder AG betrieben,so wird die Gesellschaft in ihrem Bestand von der Nichtigkeit der wettbewerbsbeschränkenden Vertragsteile nicht betroffen.Die Gründe für die Nichtigkeit einer GmbH und einer AG sind in den §§75 GmbHG und 216 AktG abschliessend aufgeführt[489.]. Die Voraussetzungen dieser Bestimmungen aber sind hier nicht erfüllt.Der Grundsatz des §139 BGB kann nur dann herangezogen werden,wenn die Gemeinschaftsanlage nicht in Form einer GmbH oder AG betrieben wird.

Bei den sogenannten "Altverträgen",die vor dem Inkrafttreten des GWB geschlossen wurden,ist §139 BGB ohnehin nicht anwendbar.§139 BGB stellt auf den Willen der Beteiligten zur Zeit des Vertragsschlusses ab.Haftet ein zur Nichtigkeit führender Mangel dem Vertrag nicht von vornherein an und werden Teile eines zunächst wirksamen Rechtsgeschäfts erst durch eine nicht voraussehbare Änderung der Gesetzgebung unwirksam,kann die Vermutung des §139 BGB nach herrschender Meinung nicht gelten[490.]. Die Wirksamkeit der übrigen Vertragsbestimmungen bleibt unberührt.Etwas anderes gilt nur dann,wenn nach Inhalt und Zweck des Geschäfts der unwirksam gewordene Teil mit den restlichen Bestimmungen in so engem Zusammenhang steht,dass diese für sich allein nicht bestehen können[491.].

488.) BGH a.a.O.; Müller-Henneberg in GemKom §1,Anm.62; Knur in DNotZ 1963,650; Sprenkmann in GRUR 1960,526ff (532)

489.) RGZ 128,5; Müller-Henneberg in GemKom §1,Anm.62; FrankfKom §1,Anm.65; Ballerstedt in JZ 1956,267

490.) RGZ 146,369; ebenso Nipperdey AllTeil §202 IV 1e; Soergel-Hefermehl §139,Anm.17 und Palandt-Danckelmann §139,Anm.1
Die Auffassung des BGH ist nicht ganz klar.In einem Urteil vom 15.2.1952(BGHZ 5,185) hat der BGH dahinstehen lassen,ob die Auffassung des RG in dieser Allgemeinheit aufrechterhalten werden könne,und §139 BGB im zu entscheidenden Fall auch nach einer Gesetzesänderung angewandt. - Hingegen hat der BGH sich in einem neueren Urteil vom 18.3.1955(NJW 1955,829) der Ansicht des RG angeschlossen und einen 1946 geschlossenen Lizenzvertrag, dessen wettbewerbsbeschränkende Teile unter das Dekartellierungsrecht fielen,nicht nach §139 BGB beurteilt.

Schliesslich wird auch in den verbleibenden Fällen der nicht in Form einer GmbH oder AG betriebenen, nach dem Inkrafttreten des GWB gegründeten Gemeinschaftsunternehmen die Gesamtnichtigkeit des Gesellschaftsverhältnisses im Regelfall nicht anzunehmen sein, insbesondere dann nicht, wenn in den Gesellschaftsvertrag eine Klausel des Inhalts aufgenommen worden ist, dass die Ungültigkeit einzelner Vertragsbestimmungen die Gültigkeit der übrigen nicht berühren solle[492.]. Wettbewerbsverbote, die nicht ohnehin dem Anwendungsbereich des §1 GWB entzogen sind, werden nicht so wichtig sein, dass sie einer Aufrechterhaltung des Gesellschaftsverhältnisses im übrigen entgegenstünden. Ihnen wird nur eine untergeordnete und keine abschlussbestimmende Bedeutung zukommen.[493.] Das gilt insbesondere dann, wenn ein Gemeinschaftsunternehmen mit erheblichem Investitionsaufwand errichtet worden ist.

Ist ausnahmsweise der gesamte Gesellschaftsvertrag unwirksam, so ist das bereits in Vollzug gesetzte Gesellschaftsverhältnis doch nach den Grundsätzen der faktischen Gesellschaft zu beurteilen und eine Auflösung nur für die Zukunft möglich[494.]. Dem steht nicht entgegen, dass die h.M.[495.] bei einem gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstossenden Gesellschaftszweck ein faktisches Gesellschaftsverhältnis nicht entstehen lässt, da es in diesem Falle überwiegende Interessen der Allgemeinheit rechtfertigen, den geschaffenen Tatsachen die rechtliche Anerkennung zu versagen. Bei einem Gemeinschaftsunternehmen verstösst nicht der Gesellschaftszweck gegen die guten Sitten oder Bestimmungen des GWB, sondern sind allenfalls die wettbewerbsbeschränkenden Vertragsteile mit dem GWB unvereinbar. Der Anerkennung des faktischen Gesellschaftsverhältnisses steht das GWB nicht entgegen. Das ergibt sich schon daraus, dass die Errichtung und der Betrieb gemeinsamer Produktionsanlagen als solche frei sind.

491.) so der BGH in NJW 1955,829

492.) vgl. hierzu BGH in Betrieb 1955,750; Kohler in DNotZ 1961,195

493.) so Knur in DNotZ 1963,650; vgl. ferner Spreckmann in GRUR 1960,532

494.) Müller-Henneberg in GemKom §1, Anm.62; Baumbach-Hefermehl §1, Anm.61

495.) BGHZ 13,320; Hueck: Recht der OHG S.55

3.Teil. Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit nach den Europäischen Veträgen.

1.Abschnitt:Artikel 85,86 des EWG-Vertrages.

Neben das nationale Kartellrecht der einzelnen Mitgliedstaaten ist die Wettbewerbsregelung des EWG-Vertrages mit den Artikeln 85,86 getreten.Bei den Erörterungen hierzu und zu den Artikeln 65,66 des Montanvertrages kann weitgehend auf die Ausführungen im 2.Teil der Arbeit zurückgegriffen werden.Näher behandelt werden müssen die speziell im Bereich des supranationalen Rechts bedeutsamen Fragen.

1.) Das Zusammentreffen der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages mit dem nationalen Kartellrecht der Mitgliedstaaten und die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den nationalen Kartellbehörden und der Kommission ist Gegenstand zahlreicher Untersuchungen.Die absolut herrschende Meinung[496.] ist darin einig,dass das GWB nicht in dem von den Art.85,86 erfassten Bereich ausser Kraft getreten ist,das EWG-Recht das nationale Recht nicht verdrängt hat.Beide Normenbereiche stehen nebeneinander und können nebeneinander angewandt werden.[497.] HEFERMEHL spricht deshalb von einer "dualistischen Ordnung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt",DERINGER[498.] von einer "Zwei-Schranken-Regelung".Da beide Rechtsordnungen beachtet werden müssen,behält die jeweils schärfste die Vorhand.[499.]

Für Freistellungen nach Art.85 Abs.3 ist gemäss Art.9 VO Nr.17[500.] vorbehaltlich der Nachprüfung der Entscheidung durch den Gerichtshof die Kommission ausschliesslich zuständig[501.].Sie kann die Freistellung auch erteilen,wenn der ihr

---

496.) Spengler in GemKom Teil II Anm.17; Baruch in WuW 1963, 20ff; Everling Art.85,Anm.13; Baumbach-Hefermehl Art. 88,Anm.5;a.A.Seidl-Hohenveldern AWD BetrBer 1960,225 und 1963,73.

497.) Baumbach-Hefermehl Art.85,Anm.10

498.) WuW 1963,957

499.) Spengler in GemKom Teil II,Anm.17; Deringer a.a.O.

500.) Verordnung Nr.17 des Rates(Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages)

501.) Spengler in GemKom Teil II,Anm.88; Deringer WuW 1963,269

unterbreitete Sachverhalt gegen nationales Kartellrecht verstösst[502.]. Dann bedürfen die Beteiligten allerdings einer zusätzlichen Genehmigung durch die nationale Kartellbehörde, die ihrerseits an die Freistellung durch die Kommission nicht gebunden ist und die Erlaubnis verweigern kann[503.]. Wird zunächst bei der nationalen Kartellbehörde ein Erlaubnisantrag gestellt, so kann diese dem Antrag ohne Rücksicht auf Art.85 stattgeben[504.]. Der Erlaubnis kommt keine präjudizielle Wirkung gegenüber einer späteren Entscheidung der Kommission zu. Weder die nationale noch die supranationale Behörde sind also an die Entscheidung der anderen gebunden.

2.) Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nach Art. 85 Abs.1 ist es gleichgültig, ob die Gründer des Gemeinschaftsunternehmens Unternehmen aus der Bundesrepublik, aus anderen Mitgliedstaaten der EWG oder aus Drittländern sind. Art.85 Abs.1 stellt nicht auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten oder darauf ab, ob die Unternehmen ihren Sitz innerhalb der Grenzen des Gemeinsamen Marktes haben[505.]. Er verlangt lediglich die Unternehmenseigenschaft und erhebt im übrigen das Prinzip der Auswirkungen im räumlichen Geltungsbereich des EWG-Vertrages ("innerhalb des Gemeinsamen Marktes") zum massgeblichen Kriterium[506.].

Allerdings sind nach Art.4 Abs.2 Ziffer1 VO Nr.17 nach dem 13.3.1962 geschlossene Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, wenn an ihnen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die Vereinbarungen, Beschlüsse oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen, keiner Anmeldepflicht unterworfen. Wenn auch im einzelnen zweifelhaft sein mag, wann Vereinba-

---

502.) Deringer in WuW 1963,69; Baruch in WuW 1963,26

503.) Deringer in WuW 1963,958; Baruch a.a.O.

504.) Baruch in WuW 1963,23/24; a.A. Everling Art.85,Anm.13 der der Auffassung ist, die nationale Behörde müsse ihre Entscheidung aussetzen oder mit einem Vorbehalt versehen.

505.) Deringer in WuW 1962,867; Spengler in GemKom Teil II Anm.26

506.) vgl. Spengler in GemKom Teil II Anm.26, der von der Anwendung des "Wirkungsstatuts" spricht; ferner Deringer in WuW 1962,866/867.

rungen u.s.w. die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen,so genügt dafür sicherlich nicht die nur mittelbare Beinflussung des zwischenstaatlichen Warenaustauschs.Andernfalls würde die Ausnahme in Art.4 Abs.2 Ziffer1 VO Nr.17 gegenüber Art.85 Abs.1 praktisch ohne Bedeutung sein.Die Vereinbarung muss gerade die Ein- oder Ausfuhr zum Gegenstand haben,wenn Art.4 Abs.2 Ziffer1 nicht eingreifen soll[507.].

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch mehrere Untermehmen aus der Bundesrepublik,den Gründern auferlegte Wettbewerbsverbote sowie Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens sind keine die Ein- oder Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar betreffende Vereinbarungen.Verpflichten sich die Gründerunternehmen hingegen,ihre Produktion nur in einem oder mehreren Mitgliedstaaten oder in Teilen derselben abzusetzen, während in anderen Mitgliedstaaten das Gemeinschaftsunternehmen frei von einer Konkurrenz seiner Gesellschafter tätig werden soll,so betrifft die Vereinbarung unmittelbar die Ausfuhr.Der Absatz in den verschiedenen Mitgliedstaaten wird verschieden geregelt.Art.4 Abs.2 Ziffer1 VO Nr.17 greift nicht ein.

Man mag erstaunt darüber sein,dass das völlige Wettbewerbsverbot weniger scharf beurteilt wird als das den Wettbewerb zwischen den Gründern nicht so beschränkende räumlich begrenzte.Vom Sinn und Zweck der Art.85,86 her ist diese Regelung jedoch folgerichtig.Durch den EWG-Vertrag soll ein gemeinsamer Markt geschaffen werden,der einem Binnenmarkt gleicht.Die Zölle werden schrittweise beseitigt,die mengenmässigen Beschränkungen abgebaut.Die Freizügigkeit des Warenverkehrs aber ist nicht gewährleistet,wenn zwar die staatlichen Beschränkungen wegfallen,deh Unternehmen jedoch frei bleibt, ihrerseits den Gemeinsamen Markt "aufzuteilen" und so private Hindernisse für den zwischenstaatlichen Handel zu errichten.Von diesem Standpunkt aus betrachtet,sind zumindest im

---

507.) so auch Gleiss-Hirsch EWG-Kartellrecht VO Nr.17 Art.4 Anm.11; Schumacher in WuW 1962,480; Deringer in WuW 1963,87; ferner Verloren van Themaat,Generaldirektor der Generaldirektion IV(Wettbewerb) der EWG-Kommission, in einem am 14.3.1963 vor der Internationalen Handelskammer in Paris zu dem Thema:"Gedanken zur Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt" gehaltenen Vortrag (abgedruckt in WuW 1963,556ff(560)

Übergangsstadium bis zur vollständigen Integration der nationalen Märkte die den Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar betreffenden Vereinbarungen als besonders gefahrdrohend anzusehen.Zu Recht will sich die Kommission im Zuge einer schrittweisen Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes mit Vereinbarungen innerhalb eines nationalen Marktes,die nur einen mittelbaren Einfluss auf den Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten haben,gegenwärtig nicht beschäftigen[508.]).Die Hauptangriffsrichtung geht auf die unmittelbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, hinter der die wettbewerbspolitische Zielrichtung des EWG-Vertrages zunächst zurücktritt[509.]).

Die Freistellung vom Anmeldezwang bedeutet materiellrechtlich keine endgültige Legalisierung[510.]).Art.4 Abs.2 VO Nr.17 ist nur eine Verfahrensregel.Materiellrechtlich befinden sich die nicht meldepflichtigen Vereinbarungen in einem Schwebezustand.Bis zu einer Entscheidung der Kommission müssen sie als vorläufig wirksam angesehen werden[511.]).Da die Vereinbarungen nicht gemeldet zu werden brauchen,gelangen sie in der Regel nicht zur Kenntnis der Kommission,die sich gegenwärtig grundsätzlich nicht mit ihnen beschäftigt[512.]). Andererseits sind sie mit dem Makel schwebender Unwirksamkeit belastet,sodass die Beteiligten an einer fakultativen Anmeldung nach Art.4 Abs.2 Satz 2 VO Nr.17 interessiert sein können[513.]),um Klarheit zu gewinnen,was angesichts der Flut von anmeldepflichtigen Vereinbarungen,mit denen sich die Kommission als den gravierenderen in erster Linie beschäftigen muss,allerdings noch Jahre dauern kann.

Wenn so auch die Mehrzahl von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen,nämlich soweit sie unter Art.4 Abs.2 Ziffer 1 VO Nr.17 fallen,einstweilen praktiziert werden kann,besteht doch zum einen die Möglich-

---

508.) vgl.van Themaat in WuW 1963,560

509.) so auch Ipsen und Nicolaysen in NJW 1963,2209(2213)

510.) Spengler in GemKom Teil II Anm.89; Deringer in WuW 1963,86/87; Gleiss-Hirsch VO Nr.17 Art.4 Anm.3

511.) Spengler in GemKom Teil II Anm.89; Gleiss-Hirsch Vo Nr.17 Art.1,Anm.10 und Art.4,Anm.2; Schumacher in WuW 1962,479

keit,dass an einem Gemeinschaftsunternehmen Partner aus mehreren EWG-Mitgliedstaaten beteiligt sind und Art.4 Abs.2 dann nicht gilt,zum anderen,dass die Kommission auf eine fakultative Anmeldung hin gezwungen ist,die Anwendbarkeit des Art.85 Abs.1 EWGV und die Möglichkeit einer Freistellung nach Art.85 Abs.3 zu prüfen.

3.) Es wurde bereits aufgezeigt,dass die Wettbewerbsregeln der Art.85,86 in erster Linie dem Ziel des EWG-Vertrages,die nationalen Märkte für die Erzeugnisse aller Mitgliedstaaten zu öffnen und binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen,zu dienen bestimmt sind.Es soll verhindert werden, dass an die Stelle der Abschliessung durch Zölle,Kontingente und andere Handelshemnisse eine Aufteilung der Märkte durch private Wettbewerbsbeschränkungen tritt.Der ungehinderte freie Fluss der Handelsströme innerhalb des Gemeinsamen Marktes soll erreicht,der Warenfluss nicht durch private Massnahmen in seiner Intensität oder Richtung verändert,von seinem natürlichen Weg künstlich abgelenkt werden[514.].

Von diesem Blickwinkel aus betrachtet,ist die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und das Verbot für die Gründer,selbständig am Markt aufzutreten,ohne Gefahr,da dadurch die Richtung und Intensität des Absatzes der von den Beteiligten produzierten Waren kaum verändert werden,das Gemeinschaftsunternehmen die bisherigen oder potentiellen Kunden seiner Gründer weiter beliefern wird.

Damit stellt sich die Frage,ob die Art.85,86 EWGV über die temporäre Aufgabe der Förderung der Integration hinaus dem Wettbewerb eine entscheidende Lenkungsaufgabe einräumen sollen,ob der freie Wettbewerb die Grundlage der Wirtschaftsordnung des zu schaffenden integrierten Marktes bilden soll.

Die Kommission nimmt zu der Frage von eminenter ordnungspolitischer Bedeutung klar und eindeutig Stellung,wenn sie in ihrem Memorandum zum Aktionsprogramm der Gemeinschaft

---

512.) van Themaat in WuW 1963,560

513.) Deringer in WuW 1963,86/87; Graf in BetrBer 1963,18

514.)Baumbach-Hefermehl Art.85,Anm.13; Gleiss-Hirsch Art. 85,Anm.24; Schlieder in BetrBer 1962,305ff

für die zweite Stufe vom 2-.'3.'o2 unter Ziffer 2 ausführt:'Der Wettbewerb ist nicht nur wesentliches Mittel zur Errichtung des Gemeinsamen Marktes in der Übergangszeit,sondern auf den mit seiner Hilfe zustandegekommenen gemeinsamen europäischem Märkten ist ihm als Lenkungsinstrument des Wirtschaftsablaufs eine entscheidende Rolle zugedacht" [5].

Im EWG-Vertrag selbst kommt das nicht nur in den Art. 85,86,sondern auch in Art.3 lit f zum Ausdruck,wenn dort "die Errichtung eines Systems,das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes vor Verfälschungen schützt',als eine der Aufgaben der Gemeinschaft bezeichnet wird"[6].Diese Aufgabe wird mit fortschreitender Integration der nationalen Märkte und immer engerer Wirtschaftsverflechtung im EWG-Raum mehr und mehr an Bedeutung gewinnen.

Für die Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen von Gemeinschaftsunternehmen ergibt sich daraus,dass nicht nur Vereinbarungen,die den Warenfluss in Richtung und Intensität verändern,unter Art.85 Abs.1 fallen können,sondern auch solche, die die den Abnehmern in anderen EWG-Staaten Alternativen verringern,ohne den Warenfluss auf diese Märkte einzudämmen.Es ist nicht erforderlich,dass der zwischenstaatliche Handel quantitativ ungünstig beeinflusst wird,wenn eine Vereinbarung, zum Beispiel ein Wettbewerbsverbot,nur der Marktgegenseite in einem oder mehreren der anderen Mitgliedstaaten weniger Ausweichmöglichkeiten belässt.Bereits dann ist eine Beeinflussung des zwischenstaatlichen Handels gegeben,da Auswirkungen in an-

---

5.) vgl.auch von der Groeben in WuW '62',3ff, Hummer in WuW '62',10ff; van Ingmast in WuW '62',1ff

6.) Insbesondere die Frage,wieweit Planungsvereinbarungen seitens der Kommission dennoch zulässig sind,eine 'concurrence réglementée" mit den Ordnungsprinzipien des Gemeinsamen Marktes vereinbar ist,wird allerdings weiterhin Gegenstand der Diskussion sein,vgl.hierzu die Ausführungen von Hummer in WuW '62',2ff und die dort zitierte Literatur`,zumal es sich dabei um ein nicht allein durch juristische Auslegung des Vertrages erfassbares Politikum ersten Ranges handelt.Die Kommission hat neben ihren den Wettbewerb stark betonenden Ausführungen in Kapitel II des Memorandums zum Aktionsprogramm der zweiten Stufe in Kapitel VII eine langfristige Programmierung vorgeschlagen,(Ziffer 9o ff) und hat damit nicht nur Zustimmung gefunden.

deren Mitgliedstaaten auftreten.So hat das Bundeskartellamt[517.] bei einem Syndikat,das Kunden in mehreren EWG-Ländern belieferte,in der Tatsache,dass den dortigen Abnehmern statt wie bisher die drei Syndikatsmitglieder nunmehr das Syndikat gegenüberstand,eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nach Art.85 Abs.1 EWGV gesehen.Erforderlich ist allerdings eine spürbare Beeinträchtigung[518.], die bei relativ geringem Ausfuhranteil,der sich über mehrere EWG-Staaten und dort wieder über grössere Räume verteilt, fehlen wird.

4.) Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als solche unterfällt ebensowenig wie §1 GWB dem Art.85,Abs1 EWGV, mag dessen weiter generalklauselartiger Wortlaut dies auch nicht ohne weiteres erkennen lassen.

Der EWG-Vertrag enthält im Gegensatz zu Art.66 des Montanvertrages kein Konzentrationsverbot.Artikel 85 findet auf Zusammenschlüsse keine Anwendung[519.].Zusammenschlüsse und Teilzusammenschlüsse sind nicht einmal wie nach §23 GWB anzeigepflichtig.Lediglich die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ist nach Art.86 EWGV zu beurteilen.Auch dann bleibt der Bestand des marktbeherrschenden Unternehmens unangetastet[520.]

Werden bestehende Unternehmen trotz Marktbeherrschung in ihrem Dasein nicht berührt,wird die Schaffung einer neuen Wirtschaftseinheit aus bereits vorhandenen Unternehmen oder Unternehmensteilen nicht einmal registriert,so ist auch die Errichtung eines ganz neuen Unternehmens als solche nicht erlaubnispflichtig[521.].Insoweit kann auf die Ausführungen S.81ff der Arbeit verwiesen werden.Für die Anwendung des Art. 85 kommen nur über die Gründung hinausgehende Vereinbarungen,Beschlüsse oder abgestimmte Verhaltensweisen in Betracht.

517.) WuW E/BKartA 249(Terrazzo)

518.) Die Kommission spricht in einer Empfehlung vom 24.7. 1963(Faience) von einer "fühlbaren,nicht unwesentlichen" Beeinträchtigung(WuW EV 60ff(63).

519.) Günther in WuW 1957,284; Rinck:Wirtschaftsrecht Anm. 815; Schmidt a.a.O.S.33/34

520.) Gleiss-Hirsch Art.86,Anm.7; Günther in WuW 1957,2?4

5.) Soweit Wettbewerbsverbote der Vermeidung von Interessenkollisionen die en,sind sie auch im Rahmen des EWG-Rechts als zulässig anzusehen.Zwar ergibt sich die Zulässigkeit nicht aus einer rule of reason,die wegen der abschliessenden Festlegung der Freistellungsgründe in Art.85 Abs.3 nicht anwendbar erscheint[522.),doch lässt Art.85 Abs.1 ebenso wie §1 GWB den Schutz vor einem Interessenwiderstreit in der Person der Gesellschafter-Geschäftsführer zu.Da bei den Erörterungen zu §1 GWB nicht darauf abgestellt wurde,ob das Wettbewerbsverbot in einer einzelstaatlichen gesetzlichen Bestimmung enthalten ist,braucht nicht das Verhältnis solcher Bestimmungen nationaler Gesetze,zum Beispiel von §112 HGB,zu dem supranationalen Recht des Art.85 Abs.1 EWGV geprüft zu werden.Der Schutz vor Interessenkollisionen ist vielmehr ein über das einzelstaatliche nationale Recht hinausreichender auch hier zu beachtender Gedanke[523.) 524.). Die zum GWB insoweit angestellten ausführlichen Erwägungen gelten auch hier.

Für andere,Art.85 Abs.1 unterliegende Wettbewerbsbeschränkungen,insbesondere Andienungs- und Abnahmeverpflichtungen,kann eine Freistellung nach Art.85 Abs.3 beantragt werden[525.).

521.) vgl.Spengler in GemKom Teil II,Anm.41; Weiser in WuW 1963,295; Menges in WuW 1963,792

522.) so Deringer in WuW 1962,872; Gleiss-Hirsch in Art.85 Anm.33/34; Kleemann a.a.O. S.36.
Hingegen will Spengler(GemKom Teil II,Anm.69) die "doctrine of ancillary restraint",Wolf(WuW 1962,645) sogar die rule of reason anwenden.

523.) vgl.Axmann in WuW 1963,998; Kleemann a.a.O.S.34,40,43

524.) zum Beispiel bestimmt Art.1847 Code Civil:Les associés, qui sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains,qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie,qui est l'objet de cette société.

525.) vgl.die Ausführungen zu § 5 GWB Seite 135 der Arbeit. Art.85 Abs.3 EWGV stimmt,wenn auch nicht in allen Einzelheiten,so doch in den wesentlichen Grundprinzipien mit §5 GWB überein(Spengler in GemKom Teil II Anm.39ff und Deringer in GemKom §5,Anm.156ff.).

2.Abschnitt:Artikel 65,66 des Montanvertrages.

Bereits vor dem Inkrafttreten des GWB und des EWG-Vertrages ist mit dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18.4.1951 ein dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten übergeordnetes supranationales "Kartell- und Entflechtungsrecht"[526.] für den Montanbereich geschaffen worden.Trotz dieses "chronologischen Vorranges" seien die Artikel 65,66 des Montanvertrages erst jetzt am Schluss der Arbeit behandelt,da von ihnen nur ein gegenständlich und örtlich begrenzter Bereich erfasst wird:die Produktions- und die gewerbsmässige Vertriebstätigkeit,mit Ausnahme des Verkaufs an Haushaltungen und Kleingewerbetreibende,auf dem Gebiet von Kohle und Stahl[527.] innerhalb der europäischen Gebiete der Mitgliedstaaten(Art.79,80 MUV).

Neben den Art.65,66 MUV kann nationales und EWG-Kartellrecht nicht angewandt werden[528.].Im Gegensatz zu den EWG-Wettbewerbsregeln,die Wettbewerbsbeschränkungen nur unter dem Aspekt der Beinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels erfassen,während auf Binnenmarktbeeinträchtigungen daneben nationales Recht anwendbar bleibt,findet das Kartell- und Entflechtungsrecht des Montanvertrages nicht nur auf zwischenstaatliche Handelsbeschränkungen Anwendung.

1.) Ein bedeutungsvoller Unterschied gegenüber dem GWB und den Art.85,86 EWGV besteht darin,dass nach Art.66 MUV seitens der Hohen Behörde auch gegen Zusammenschlüsse vorgegangen werden kann.Im Montanbereich,der durch weitgehende Unternehmenskonzentration und -verflechtung geprägt ist, haben die Mitgliedstaaten sich nicht damit begnügt,bestimmte Konzentrationsvorgänge wie in §23 GWB für anmeldepflichtig zu erklären,sondern mit dem Ziel einer umfassenden Kontrolle den Wettbewerb beeinträchtigender Vorgänge Zusammenschlüsse an die vorherige Zustimmung der Hohen Behörde gebunden.Vorbild war dabei das ebenfalls Kartelle und Zu-

---

526.) Krawielicki:Das Monopolverbot im Schumanplan S.1

527.) Über die Begriffe Kohle und Stahl vgl.Anl.1 zum MUV.

528.) von Simson in GemKom §101 Nr.3,Anm.44;Spengler in GemKom Teil II,Anm.16; Everling Art.232,Anm.2

sammenschlüsse erfassende US-Anti-Trust Recht.

Wegen der Unterschiede,die sowohl im Beurteilungsmasstab wie in den Rechtswirkungen zwischen den Art.65,66 MUV bestehen,ist die richtige Subsumierung eines Tatbestandes von entscheidender Wichtigkeit.Wie im Geltungsbereich des GWB kann man nur über eine Prüfung der Tatbestandsmerkmale und nicht durch eine typologische Einordnung des "Organisationsgebildes" in ein System der "Verbandsformen" zu einer Lösung der wettbewerbsrechtlichen Problematik, insbesondere einer Trennungslinie zwischen den Art.65 und 66 gelangen[529.].

Wie die §§1 und 23 GWB schliessen sich auch die Art. 65 und 66 gegenseitig aus.Es kann hier dahinstehen,ob ein Zusammenschlussvorgang nach Art.66 überhaupt daneben den Tatbestand des Art.65 erfüllen kann und Art.66 als eine Art lex specialis anzusehen ist[530.] oder ob Art.65 und Art.66 sich bereits im Tatbestand gegenseitig ausschliessende Normen sind[531.].Jedenfalls sind die beiden Vorschriften nicht nebeneinander auf ein und denselben Vorgang anwendbar.Falls Art.66 die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und die davon ausgehenden faktischen Wirkungen auf den Wettbewerb der Gründerunternehmen erfasst,kommt eine gleichzeitige Überprüfung des Gründungsvorganges nach Art.65 nicht in Betracht[532.].

529.) vgl.oben S.35ff der Arbeit und speziell für den Montanbereich Daig:Verbotene und genehmigungsfähige Kartelle nach Art.65 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl Diss. Tübingen 1957 S.94; ferner Kern:Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion S.95 Anm.55, wo Kern darauf hinweist,dass sowohl mit einer Vereinbarung nach Art.65 wie mit einem Zusammenschluss nach Art.66 eine Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflussung beabsichtigt werden könne,im subjektiven Bereich also kein Unterschied bestehe.
Wenn Haberkorn(Möglichkeiten von Unternehmenszusammenschlüssen,insbesondere von Konzern- und Kartellbildungen in der westdeutschen Montanindustrie seit 1945 Diss. Münster 1959 S.56ff)stets eine Prüfung dahingehend für erforderlich hält,ob die Machtzusammenfassung durch Konzern oder Kartell erfolgen solle,wobei die Unterscheidung oft nur nach wirtschaftlichen Merkmalen unter Berücksichtigung der Aufgaben von Konzern und Kartell möglich sei,so entspricht das nicht der Konstruktion des Gesetzes.Auch Haberkorn muss zugeben,

Fortsetzung der Anm.nächste Seite

Allerdings kann das nur dann gelten, wenn die wettbeschränkenden Wirkungen nicht zum Inhalt einer Vereinbarung, eines Beschlusses oder einer verabredeten Praktik erhoben werden. Nur der Gründungsvorgang als solcher kann nicht sowohl nach Art.65 wie nach Art.66 gewürdigt werden. Darüber hinausgehende, eine Wettbewerbsbeschränkung beinhaltende Willensübereinkünfte, mögen sie auch mit der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens in engem Zusammenhang stehen, können unter Art.65 fallen[533.]. Wird die mit der gemeinsamen Errichtung von Produktionsanlagen verbundene Möglichkeit faktisch gruppensolidaren Verhaltens zur rechtlich bindenden Verpflichtung oder auch nur zur verabredeten Praktik erhoben, so kann sich dadurch die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung erheblich verstärken. Das rechtfertigt eine Überprüfung nach Art.65.

Der gleichen Auffassung ist wohl auch die Hohe Behörde. Nach einer Nachricht vom 2.5.1962 in VWD-Montan, einem für gewöhnlich gut informierten Mitteilungsdienst, hat die Hohe Behörde in ihren Überlegungen zum Sidemar-Fall[534.] eine Trennung zwischen der Gründung der Sidemar als solcher und darüberhinausgehenden Nebenabreden, wie zum Beispiel

---

529.) dass unter Art.65 nicht nur Kartelle und unter Art.66 nicht nur Konzerne fallen und mannigfaltige Übergangsformen denkbar sind(so Haberkorn in NJW 1960,2135ff und in WRP 1961,180ff).

530.) so Kern a.a.O.S.96; Schmidt:Vergleichende Darstellung des Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse und der marktbeherrschenden Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland, der Montanunion und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Diss.Köln 1959 S.33

531.) so Krawielicki a.a.O.S.55; Daig a.a.O. S.142 N 458

532.) so auch die Hohe Behörde in ihrem 11.Gesamtbericht über die Tätigkeit der Gemeinschaft S.349

533.) so auch Kern a.a.O. S.93ff

534.) Über den Inhalt der Sidemar-Entscheidung, die wie alle Verfahren und Entscheidungen nach Art.66 MUV nicht veröffentlicht worden ist, informieren ein Kommuniqué der Hohen Behörde vom 25.4.1962 sowie recht eingehend die Ausführungen S.34ff des 11.Gesamtberichts über die Tätigkeit der Gemeinschaft. Weiteren Aufschluss über die Überlegungen der Hohen Behörde kann man mit allen Vorbehalten aus der Meldung in VWD-Montan vom 2.5.1962 gewinnen.

der Aufteilung von Märkten,der Festsetzung von Preisen, der Beschränkung von Investitionen oder der Spezialisierung der Produktion vorgenommen.Im Sidemar-Fall haben die Beteiligten versichert,derartige Nebenabreden bestünden nicht und etwaige zukünftige Absprachen solcher Art würden der Hohen Behörde mitgeteilt werden.Die Hohe Behörde brauchte sich daher nur mit der Gemeinschaftsgründung selbst und ihren faktischen Auswirkungen auf den Wettbewerb der Gründerunternehmen zu befassen.VWD-Montan berichtet jedoch weiter,die Luxemburger Experten seien der Auffassung,alle zwischen den Gründerunternehmen getroffenen Absprachen,die über den Rahmen der Gemeinschaftsgründung hinausgingen,seien aufgrund des Kartellartikels 65 zu behandeln.Diese Meldung kann nicht nachgeprüft werden.

Wie im Anwendungsbereich des GWB sei also auch hier zwischen der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens mit ihren tatsächlichen Wirkungen und daneben getroffenen besonderen Vereinbarungen,Beschlüssen oder verabredeten Praktiken wettbewerbsbeschränkenden Inhalts unterschieden.Besondere Aufmerksamkeit sei zunächst der Frage gewidmet,ob die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen einen Zusammenschlussvorgang nach Art.66 darstellt.

2.a.) Das für den Begriff des Zusammenschlusses nach Art. 66 entscheidende Merkmal ist das der Kontrolle,die durch Art.66 §1 und insbesondere durch die Entscheidung 24/54 der Hohen Behörde vom 6.5.1954[535.)] näher bestimmt wird. Danach muss der Kontrollierende durch den Zusammenschluss die Möglichkeit erhalten,die Tätigkeit eines Unternehmens auf dem Gebiet der Erzeugung,der Preise,der Investierungen, der Versorgung,des Absatzes oder der Verwendung des Gewinns zu bestimmen.[536.)]

Eine solche Möglichkeit zur Kontrolle im Sinne eines bestimmenden Einflusses auf die Tätigkeit eines anderen Unternehmens erlangen die Beteiligten durch die gemeinsame Errichtung von Produktionsanlagen in ihrem Verhältnis zueinander nicht.Weder kontrollieren sie sich gegenseitig,

---

535.) Entscheidung betr.eine Verordnung über die Tatbestandsmerkmale der Kontrolle eines Unternehmens aufgrund des Art.66 §1 des Vertrages(Amtsbl.EGKS 1954,345)

536.) Art.1 der Verordnung 24/54

noch werden sie einer dritten Stelle untergeordnet.Sofern nicht andere,über die Errichtung des Gemeinschaftsunternehmens hinausgehende Zusammenschlussvorgänge vorliegen,werden die Gründer untereinander nicht zusammengeschlossen. Daran hat auch die Hohe Behörde in ihrer Sidemar-Entscheidung keinen Zweifel gelassen.

Problematisch kann nur sein,ob das Gemeinschaftsunternehmen selbst mit einem,mehreren oder allen Gründerunternehmen zusammengeschlossen wird.

b.) Die Hohe Behörde hat bei der Prüfung der gemeinsamen Errichtung des Grossrohrwerks der Mannesmann AG und der Hoesch AG sich zunächst auf den Standpunkt gestellt,die Gemeinschaftsgründung bewirke keine Konzentration und unterfalle nicht Art.66[537.]. Diese Ansicht hat sie nicht aufrechterhalten und auf die Gemeinschaftsgründung der Sidemar Art. 66 angewandt.Die Hohe Behörde ist dabei zu der Auffassung gelangt,das neugegründete Unternehmen werde mit allen Gründerunternehmen,die es als Gruppe kontrollierten,zusammengeschlossen,ohne dass damit Zusammenschlüsse zwischen den Gründern selbst bewirkt würden.Als Begründung führt sie in ihrem 11.Gesamtbericht[538.] an,falls die Auswirkungen der Gemeinschaftsgründung nicht überprüft werden könnten,werde der Kontrollzweck des Art.66 sinnwidrig eingeengt.Wenn die Kontrollierenden gleiche oder ähnliche Erzeugnisse herstellten wie das kontrollierte Unternehmen,so wird ausgeführt,ergäben sich für diese Erzeugnisse infolge der Gruppenkontrolle zwangsläufig Beschränkungen des Wettbewerbs zwischen allen beteiligten Unternehmen,denn es sei unvermeidbar,dass bei der Ausübung der gemeinschaftlichen Kontrolle,zum Beispiel bei der Festsetzung der Preise des kontrollierten Unternehmens,die kontrollierenden Unternehmen ihre eigenen Preise für die gleichen oder ähnliche Produkte berücksichtigten und gegebenenfalls alle Preise aufeinander abstimmten (Gruppeneffekt)[539.].

537.) Eine dahingehende Information gab die Rechtsabteilung der Hoesch AG.

538.) S.348ff

539.) vgl.hierzu auch EGKS 1952-1962(Wagenführ-Bericht) S.375 und Bulletin der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl-Hohe Behörde Nr.47 v.20.4 1964 S.40ff

c.) Die Entscheidung der Hohen Behörde erfordert ein näheres Eingehen auf den Begriff der Gruppenkontrolle,der nicht nur bei der gemeinschaftlichen Neuerrichtung,sondern überdies bei Beteiligungen an bereits bestehnden Gesellschaften zentrale Bedeutung hat.

Erwirbt ein Unternehmen an einem bereits bestehenden anderen Unternehmen eine zu dessen Kontrolle ausreichende Beteiligung,die bei Streubesitz und bei ständig geringer Teilnahme an den Hauptversammlungen seitens der übrigen Gesellschafter weit unter 50 v.H. liegen kann,so werden das kontrollierende und das kontrollierte Unternehmen zusammengeschlossen.

Haben an einem bereits bestehenden Unternehmen mehrere eine Beteiligung,ohne dass einer von ihnen allein die Geschäftstätigkeit des Beteiligungsunternehmens bestimmen könnte,so ist eine Alleinkontrolle nicht gegeben.Als besonders instruktiver Fall sei der einer Halbpartnerschaft erwähnt.So hat die August Thyssen-Hütte AG 50 v.H. des Aktienkapitals der Stahlwerk Rasselstein AG erworben.Da die anderen 50 v.H. des Kapitals in den Händen der Firma Otto Wolff liegen,führte der Erwerb nicht zu einer Alleinkontrolle der ATH über die Stahlwerk Rasselstein AG[540.].

Gerade bei paritätischen Beteiligungen liegt es nun aber nahe,dass die Partner über die gemeinsame Kontrolle des Beteiligungsunternehmens im Prinzip Einvernehmen erzielen und eine gewisse Herrschaftsabsprache treffen,damit die Geschäftstätigkeit des gemeinsamen Unternehmens nicht durch Stimmengleichheit und ein Gegeneinander der Gesellschafter gelähmt wird.Die Koordination in der Ausübung der Herrschaftsrechte kann rein faktisch erfolgen oder in einem sogenannten Grundsatz-,Konsortial- oder Poolvertrag vereinbart werden.Die Vereinbarungen wiederum können recht eingehend sein - von besonderer Bedeutung sind Stimmrechtsvereinbarungen[541.] - oder nur die wesentlichen Grundzüge festlegen und Einzelvorfälle späteren,gegebenenfalls als Kompromiss zu treffenden Entscheidungen bzw. einer Schiedsinstanz vorbehalten.Eine Abstimmung in der Ausübung der Herrschafts-

---

540.) vgl.Handbuch der Montanunion B 71 S.336

541.) vgl.Kern a.a.O.S.64 und 70

gewalt und Poolbildung liegt insbesondere dann nahe, wenn die Partnerschaft im Einvernehmen der Partner begründet wird.

Die Hohe Behörde hat derartige Fälle gemeinsamer Kontrolle als Gruppenkontrolle bezeichnet und zum Beispiel in der Rasselstein-Entscheidung angenommen, die ATH und die Firma Otto Wolff seien als Gruppe, ohne untereinander zusammengeschlossen zu sein, mit der Stahlwerk Rasselstein AG zusammengeschlossen. Für den Begriff der Gruppenkontrolle findet sich ein Hinweis bereits im Vertragstext. In Art. 66 §1 wird ausdrücklich ein Vorgehen einer Gruppe von Personen oder Unternehmen dem einer einzelnen Person oder eines einzelnen Unternehmens gleichgestellt.

Durch die Gruppenkontrolle erlangt zwar nicht eine einzelne Person oder ein einzelnes Unternehmen, wohl aber die Gruppe die Möglichkeit der Bestimmung der Geschäftstätigkeit des gemeinsam kontrollierten Unternehmens. Intensität und Ausmass der Kontrolle hängen dabei entscheidend von der Einigkeit der Gruppenpartner ab. Die Gruppenkontrolle wird je nach Lage des Falles schwerer zu handhaben und daher nicht so streng sein wie eine Alleinkontrolle. Auf der anderen Seite führt sie aber zu einer Wettbewerbsbeschränkung von grösserer Breitenwirkung. Ihre besondere Gefährlichkeit erhält sie gegenüber der Alleinkontrolle dadurch, dass im Verhältnis der Gruppenpartner zueinander über die innere Gruppensolidarität typische Gruppeneffekte auftreten können. Die gemeinsame Kontrolle kann ohne besondere Vereinbarungen rein faktisch, wie schon im Rahmen der Erörterungen zum GWB aufgezeigt wurde[542.], dazu führen, dass die Gruppenpartner, falls sie in gleicher Marktfront, also in einem Verhältnis aktuellen oder potentiellen Wettbewerbs zueinander stehen, mit Rücksicht auf das Gemeinschaftsunternehmen den Wettbewerb innerhalb der Gruppe beschränken. KERN[543.] spricht von Querverbindungen, die nicht zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen einerseits und den Gesellschaftern auf der anderen Seite, sondern innerhalb der die Kontrolle ausübenden Gruppe auftreten.

Eine einengende Betrachtungsweise, die die Gruppeneffekte ausser Betracht lässt und sich auf die Wirkungen be-

---

542.) vgl. oben S.61ff der Arbeit
543.) a.a.O. S.70ff

schränkt,die zwischen dem Gemeinschaftsunternehmen und dem jeweiligen einzelnen mit ihm zusammengeschlossenen Gesellschafter auftreten,mag formaljuristisch zwar manches für sich haben[544.],würde aber ausser acht lassen,dass durch Art.66 die Wirkungen von Zusammenschlüssen in ihrer ganzen Tragweite und nicht nur in einem beschränkten Ausschnitt erfasst werden sollen.Darauf deuten schon die Worte "unmittelbar" und "mittelbar" in Art.66 §1 hin.Gerade ein wirkungsvolles Entflechtungsrecht darf nicht nur die unmittelbar zwischen den eigentlich Beteiligten auftretenden wettbewerbsbeschränkenden Effekte erfassen,sondern muss allen Wirkungen eines Zusammenschlusses nachgehen.Von diesem Grundsatz hat sich die Hohe Behörde in ihrer Rasselstein-Entscheidung leiten lassen und mit Recht insbesondere den Querwirkungen zwischen der ATH und der Firma Otto Wolff ihre Aufmerksamkeit geschenkt[545.].

544.) Die Konsequenz dieser hier abgelehnten Auffassung wäre, dass wenn A und B (Marktanteil je 10 %) die gemeinsame Kontrolle über C (Marktanteil 15 %) erwerben,bei der Prüfung nach Art.66 §2 der Marktanteil von C nur jeweils getrennt mit dem von A und B zusammenzurechnen wäre (25 %).25 % Marktanteil aber mögen zur Verhinderung eines wirklichen Wettbewerbs im Gegensatz zu 35 % nicht ausreichen.Man würde dem faktisch koordinierten Einsatz der Marktanteile A,B und C (35 %) nicht gerecht.

545.) Auch sonst ist die Hohe Behörde bemüht,alle wettbewerbsbeschränkenden Effekte eines Zusammenschlussvorgangs zu berücksichtigen und Auswirkungen auf nicht unmittelbar beteiligte Unternehmen möglichst zu verhindern.So wurde der Erwerb einer 50%igen Beteiligung der ATH an der Handelsunion,einem bedeutenden Stahlhandelsunternehmen,das bisher auch die Erzeugnisse der Dortmund-Hörder-Hüttenunion und der von ihr beherrschten Hüttenwerk Siegerland AG vertrieb,nur genehmigt,nachdem Vorkehrungen getroffen waren,wettbewerbsbeschränkende Einflüsse auszuschalten,die im Verhältnis der ATH zur DHHU und der Hüttenwerk Siegerland AG auftreten könnten.Die ATH musste sich von ihrer Beteiligung an der Hüttenwerk Siegerland AG lösen.Ferner wurde ihr auferlegt,als Mehrheitsaktionärin der Handelsunion dafür Sorge zu tragen,dass der Absatz der DHHU und der Hüttenwerk Siegerland AG über die Handelsunion progressiv abgebaut wird(vgl.Handbuch der Montanunion B 71 S.336ff).Obwohl die DHHU an der Handelsunion nicht einmal wie bei einer Gruppenkontrolle beteiligt,sondern nur durch Vertriebsvereinbarungen mit ihr verbunden war,sah die Hohe Behörde mögliche faktische Wettbewerbskoordinierungen zwischen der ATH und der DHHU als Auswirkungen des Zusammenschlusses(Querwirkungen)an,die es zu vermeiden galt.

Nach den vorstehenden Erörterungen zur Gruppenkontrolle über bereits bestehende Unternehmen, die zu dem Ergebnis geführt haben, die Begründung einer Gruppenkontrolle falle unter Art.66 und nach dieser Vorschrift seien auch die innerhalb der Gruppe auftretenden Effekte zu beurteilen, ist es nunmehr möglich, auf die gemeinsame Neuerrichtung einer Produktionsanlage durch mehrere Unternehmen einzugehen.

d.) Kann einer der Partner allein die Geschäftstätigkeit des neuen Unternehmens bestimmen, so könnte allenfalls er als mit dem neuen Unternehmen zusammengeschlossen angesehen werden. Eine Gruppenkontrolle besteht nicht. Gruppeneffekte werden in der Regel nicht auftreten, da die übrigen Unternehmen, die nur Minderheitsbeteiligungen, aber keinen bestimmenden Einfluss auf das neue Unternehmen haben, sich in ihrem Wettbewerbsverhalten keinerlei Beschränkungen auferlegen werden.

Der Tatbestand dürfte seltener als der einer Gruppenkontrolle sein. Zumeist werden die Gründer eines Gemeinschaftsunternehmens dieses gemeinsam kontrollieren wollen und dementsprechend die Herrschaftsrechte ausgestalten.

Bei der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Alleinkontrolle über ein neues Unternehmen ist folgendes zu beachten: Erweitert ein einzelnes Unternehmen seine Kapazität durch Neuinvestitionen, sei es im Wege des Ausbaus bestehender oder der Errichtung neuer Fertigungsanlagen, so ist die Kapazitätserweiterung und Ausdehnung des Markteinflusses nicht nach Art.66 §1 genehmigungspflichtig, und zwar auch dann nicht, wenn die neuen Fertigungsstätten von einer juristisch selbständigen Tochtergesellschaft betrieben werden[546.]. Ebensowenig kann man dann aber die Errichtung einer Tochtergesellschaft, an der zwar keine 100%ige Beteiligung, wohl aber eine genügend grosse besteht, um die Tochter allein kontrollieren zu können, dem Art.66 unterwerfen. Der Fall ist vielmehr der Kapazitätserweiterung gleichzustellen. Würde man eine Genehmigung nach Art.66 verlangen, könnte die Genehmigungspflicht recht einfach dadurch vermieden werden, dass die Gesellschaft zunächst als 100%ige Tochter gegründet wird, was sicherlich keiner Genehmigung bedürfte, und die Minderheitsbeteiligungen

546.) Krawielicki a.a.O. S.54

erst später an die in Aussicht genommenen Partner abgegeben werden,was ebenfalls nicht genehmigungspflichtig wäre.

e.) Häufiger als die Begründung einer Alleinkontrolle dürfte bei Neugründungen eine Gruppenkontrolle sein.So hatten die Mannesmann AG und die Hoesch AG trotz der unterschiedlichen Kapitalbeteiligung von 2/3 und 1/3 in der das gemeinsame Grossrohrwerk betreibenden GmbH gleiches Stimmrecht.Sie kontrollierten die GmbH als Gruppe.

Das Argument,auch dieser Fall sei der Kapazitätserweiterung und der Gründung einer Tochtergesellschaft durch ein sie allein kontrollierendes Unternehmen gleichzusetzen, geht fehl.Es lässt die Tatsache ausser acht,dass im Gegensatz zur Betriebsausdehnung eines einzelnen Unternehmens hinter dem gemeinsam kontrollierten Unternehmen die wirtschaftliche Macht mehrerer,gerade im Montanbereich zumeist grosser Unternehmungen steht,die ihre Interessen auf einem bestimmten Produktionssektor in dem Gemeinschaftsunternehmen brennpunktartig konzentrieren.Die konzentrische Interessenverbindung birgt,so nützlich sie auch sein mag,Gefahren für den Wettbewerb in sich,die bei einer Kapazitätserweiterung eines einzelnen Unternehmens nicht auftauchen. Die Zusammenfassung der Finanzkraft der Gründerunternehmen ermöglicht die Erstellung grösserer Anlagen.Das Gemeinschaftsunternehmen kann über eine erhebliche Marktmacht verfügen,die mittels des von ihm ausgehenden Gruppeneffekts noch gesteigert wird.Die Hohe Behörde würde der ihr durch Art.66 übertragenen Kontrollfunktion nur unvollkommen gerecht werden,wenn sie die Konzentration von Marktmacht in dem Gemeinschaftsunternehmen mit den davon ausstrahlenden Wirkungen auf den Wettbewerb der Gründerunternehmen und der wiederum von diesen kontrollierten Unternehmen nicht im Zeitpunkt ihrer Entstehung überwachen und notfalls in andere Bahnen lenken könnte.Die Möglichkeit eines Einschreitens nach Art.66 §7 würde dazu nicht ausreichen.

Im Gegensatz zu den sonstigen Fällen der Unternehmenskonzentration schliessen sich allerdings nicht bestehende Unternehmen zusammen,sondern es wird ein neues Unternehmen gegründet.Dieses als mit seinen Gründern zusammengeschlossen anzusehen,bedeutet zweifellos eine ausserordent-

lich weite Auslegung des Begriffs des Zusammenschlusses. Es soll nicht verkannt werden, dass, um die im Verhältnis der Gründer zueinander eintretenden Wirkungen, also den Gruppeneffekt, zu erfassen, an anderer Stelle, und zwar im Verhältnis der Gruppenangehörigen zum Gemeinschaftsunternehmen, eine recht konstruiert wirkende Auslegung der Tatbestandsmerkmale des Art.66 §1 vorgenommen werden muss, da ein Zusammenschluss innerhalb der Gruppe nicht konstruiert werden kann. Die Brücke, die sich die Hohe Behörde gebaut hat, um zu dem erklärten Ziel der Überprüfung der Errichtung eines Gemeinschaftsunternehmens und seiner faktischen Auswirkungen zu gelangen, ist in ihrer juristischen Konstruktion sicherlich sehr leicht gebaut und wenig tragfähig. Ein festes Fundament erhält sie nur durch die Erwägung, dass der Hohen Behörde mit Art.66 die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, Zusammenschlüsse und deren Auswirkungen im weitesten Sinne zu überprüfen, mag die eine oder andere der denkbaren vielfältigen Massnahmen auch nur unter Zurückstellung gewisser begriffsjuristischer Bedenken mit dem Wortlaut des Art.66 §1 zu erfassen sein. An den Wortlaut des Vertrages kann mangels einer abschliessenden textkritischen Überarbeitung des Vertragswerkes nicht der gleiche Masstab wie an methodisch durchgefeilte Vertragswerke angelegt werden[547.]. Der Auffassung der Hohen Behörde, auf Gemeinschaftsgründungen sei Art.66 anzuwenden, ist zuzustimmen[548.].

Eine andere Entscheidung würde zudem, und das hat die Hohe Behörde laut VWD-Montan vom 2.5.1962 in ihrer Ansicht bestärkt, zu einer diskriminierenden Behandlung der verschiedenen Arten der Gruppenkontrolle führen. Der Erwerb einer Gruppenkontrolle über ein bestehendes Unternehmen würde anders benandelt als der über ein neugegründetes. Durch Art.66 Abs.2 aber wird ausdrücklich die nichtdiskriminierende Behandlung vergleichbarer Unternehmensgrössen gefordert.

f.) Bei der Beurteilung der von der Gemeinschaftsgründung ausgehenden Wirkungen nach Art.66 §2 wird man unterscheiden müssen zwischen den möglichen Auswirkungen auf dem Produktionssektor des Gemeinschaftsunternehmens, diesem vorgelager-

547.) Krawielicki a.a.O. S.7; Daig a.a.O. S.14

548.) a.A. Kern a.a.O. S.75 vor Erlass der Sidemar-Entscheidung

ten oder nachfolgenden Wirtschaftsstufen und schliesslich auf ganz anderen Produktionsgebieten möglicherweise entstehenden Koordinationseffekten.

Um mit den zuletzt genannten Wirkungen zu beginnen, sei auf folgendes hingewiesen: Die gemeinsame Produktion kann dazu führen, dass die Gründer durch den zwischen ihnen entstehenden Kontakt veranlasst werden, ihren Wettbewerb auch in der Produktion solcher Erzeugnisse, die das Gemeinschaftsunternehmen nicht herstellt, abzuschwächen. Durch die Verringerung der Binnendistanz[549.] zwischen den Partnern und die Atmosphäre der Gruppensolidarität wird das gegenseitige Kennenlernen und Besprechen gefördert, entsteht ein günstiger Nährboden für Wettbewerbsbeschränkungen. Gleichwohl würde es zu weit gehen, etwaige nicht im Produktionsbereich des Gemeinschaftsunternehmens oder vertikal dazu angeordneten Bereichen auftretende, durch den Gruppenkontakt psychologisch vorbereitete faktische Wettbewerbsbeschränkungen der Gründer bei der Entscheidung über den Genehmigungsantrag zu berücksichtigen. Ihr Eintritt oder Nichteintritt hängt von so vielerlei, im Zeitpunkt der Entscheidung nicht vorhersehbaren Komponenten ab, dass die Kons Behörde vom Boden der objektiven Abwägung der durch die Gemeinschaftsgründung hervorgerufenen Effekte auf das Gebiet rein spekulativer Betrachtungen abgleiten würde, wenn sie all die Wirkungen erfassen wollte, für die die Entstehung einer Gemeinschaftssphäre letztlich der Anstoss sein mag.

Anders ist die Situation hinsichtlich der der Produktion des Gemeinschaftsunternehmens vorgelagerten oder nachfolgenden Wirtschaftsstufen (Produktions- und Verarbeitungsgemeinschaften). Die Errichtung einer gemeinsamen Anlage kann, wie bereits einsehend dargestellt wurde[550.], dazu führen, dass die Gründer und das Gemeinschaftsunternehmen in einen vertikalen Kontakt (Andienung von Vormaterial, Abnahme von Produkten zur Weiterverarbeitung etc.) miteinander treten. Derartige vertikale Integrationseffekte sind daraufhin zu beurteilen, ob sie den Beteiligten die Möglichkeit geben, den aus der Anwendung des Vertrages sich ergebenden Wettbewerbsregeln zu entgehen, insbesondere durch Schaffung einer künstlichen Vor-

549.) vgl. oben S. 61ff der Arbeit
550.) vgl. oben S. 56ff der Arbeit

zugsstellung,die einen wesentlichen Vorteil im Zugang zu den Versorgungsquellen und zu den Absatzmärkten mit sich bringt(Art.66 §2 Abs.1 zweite Alternative)[551.],Eine künstliche Vorzugsstellung erlangen die Beteiligten insbesondere dann nicht,wenn die Integration über den in der Kohle- und Stahlindustrie allgemein üblichen vertikalen Verflechtungsgrad nicht hinausgeht.Da gerade im Montanbereich die vertikalen Verbundvorteile bereits weitgehend ausgenutzt sind,wird unter Berücksichtigung der Gleichstellungsklausel des Art. 66 §2 Abs.2 eine künstliche Vorzugsstellung nicht allzu häufig erreicht werden.

Die auf dem Produktionssektor des Gemeinschaftsunternehmens auftretenden eigentlichen horizontalen Gruppeneffekte sind nach Art.66 §2 Abs.1 erste Alternative) zu beurteilen. Die Entscheidung der Frage,ob den Beteiligten durch die Gemeinschaftsgründung die Möglichkeit gegeben wird,auf einem bedeutenden Teil des Marktes der Erzeugnisse des Gemeinschaftsunternehmens die Preise zu bestimmen,die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren oder zu beschränken oder einen wirklichen Wettbewerb zu verhindern,verlangt eine Bestimmung des relevanten Marktes[552.],der Marktstruktur und insbesondere der Marktposition der Beteiligten.Dabei sind die Produktionsanteile der Gründerunternehmen,soweit diese nicht ihre eigenständige Produktion einstellen,mit dem Anteil zusammenzurechnen,den das Gemeinschaftsunternehmen voraussichtlich haben wird,wenn es fertiggestellt ist.

Die Beurteilung muss sich zwangsläufig mit einer groben Vorausschau begnügen.Zwar ist vielleicht noch die Höhe der zukünftigen Produktion des Gemeinschaftsunternehmens und seiner Gründer einigermassen genau zu schätzen.Wo sie aber abgesetzt wird,ob im gesamten Gemeinsamen Markt,in bestimmten Hauptabsatzgebieten oder in Drittländern und jeweils zu welchem prozentualen Teil,wird sich nur schwer vorhersagen lassen.Da ohnehin die Möglichkeit,auf einem bedeutenden Teil des Marktes die Preise zu bestimmen,die Produktion oder die Verteilung zu kontrollieren oder zu beschränken oder einen wirklichen Wettbewerb zu verhindern,nicht in festen Prozent-

551.) vgl.hierzu Kern a.a.O. S.115ff
552.) vgl.EGKS 1952-1962 (Wagenführ-Bericht) S.376

zahlen einzufangen ist,ist die Notwendigkeit eines für den Fall von Fehlerquellen in der Schätzung zu berücksichtigenden Spielraums nicht so bedenklich,wie es zunächst den Anschein haben könnte.Die bisherige Entscheidungspraxis der Hohen Behörde rechtfertigt die Annahme, sie werde auch weiterhin Art.66 §2 relativ grosszügig handhaben.

3.) Nachdem geklärt ist,dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als solche mit ihren faktischen Auswirkungen nach Art.66 genehmigungspflichtig ist,steht auch fest, dass sie nicht gleichzeitig nach Art.65 beurteilt werden kann[553.]. Nur darüberhinausgehende Vereinbarungen,Beschlüsse oder verabredete Praktiken wettbewerbsbeschränkenden Inhalts bedürfen einer zusätzlichen Genehmigung nach Art.65.Soweit sie der Vermeidung von Interessenkollisionen in der Geschäftsführung oder dem Schutz vor einer "illoyalen" Konkurrenz der Gesellschafter dienen,werden sie allerdings ebensowenig wie §1 GWB und Art.85 EWGV der Bestimmung des Art.65 MUV unterfallen[554.]. Im übrigen sind sie nach Art.65 §2 zu beurteilen. Dabei können Wettbewerbsverbote wie in §5 Abs.2 Satz 3 GWB als Vereinbarungen über Spezialisierung (Art.65 §2 Abs.1 lit. a) oder jedenfalls diesen streng analoge Vereinbarungen (Art.65 §2 Abs.2) angesehen werden.

553.) vgl. oben S.164 der Arbeit; EGKS 1952-1962 S.375

554.) vgl. wenn auch nicht speziell zu diesem Fall Krawielicki a.a.O. S.21

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Handbücher, Lehrbücher, Kommentare und Monographien

ANDREAE, Clemens August und ANDREAE, Wilhelm: Beiträge zur Wettbewerbsordnung. Köln und Berlin. 1963.

BAUER, Fritz: Die rechtliche Struktur der Truste. Berlin und Leipzig. 1927.

BAUMANN, Jürgen: Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. Bielefeld. 1961.

BAUMBACH, Adolf-DUDEN, Konrad: Handelsgesetzbuch. 16. Aufl. München und Berlin. 1964.

BAUMBACH, Adolf-HEFERMEHL, Wolfgang: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 8. Aufl. München und Berlin. 1960.

BIEDENKOPF, Kurt: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung. Die Ausschliesslichkeitsklausel als Beispiel. Heidelberg. 1958.

BIELING, Franz: Das Verhältnis von Kartellen und Genossenschaften. Marburg. 1953.

BORCHARDT, Knut und FIKENTSCHER, Wolfgang: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung. Stuttgart. 1957.

von BRUNN, Johann Heinrich: Grundzüge des Kartellrechts. Berlin. 1938.

BÜHLER, Ottmar: Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne. 3. Aufl. Berlin und Frankfurt. 1956.

DAIG, Hans-Wolfram: Verbotene und genehmigungsfähige Kartelle nach Art. 65 des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Diss. Tübingen. 1957.

DAS DEUTSCHE BUNDESRECHT. 118. Lieferung. Frankfurt.

DERINGER, Arved: Das Wettbewerbsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln (Art. 85-94) nebst Durchführungsverordnungen und -Richtlinien. Fortlaufend erscheinend in Wirtschaft und Wettbewerb.

ENNECCERUS, Ludwig-NIPPERDEY, Hans-Carl: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil. 15. Aufl. Tübingen. 1959/1960.

EVERLING, Ulrich, GLAESNER, Joachim, WOHLFARTH, Ernst u.a.: Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Kommentar zum Vertrag. Berlin und Frankfurt. 1960.

EYERMANN, Erich und FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung. 3. Aufl. München und Berlin. 1962.

FIKENTSCHER, Wolfgang: Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsordnung. München und Berlin. 1958.

FISCHER, Curt: Die Unternehmenskonzentration als Gegenstand wirtschaftsordnender, gesellschaftsrechtlicher und steuerlicher Gesetzgebung. Bonn. 1960.

FRIEDLÄNDER, Heinrich: Die Rechtpraxis der Kartelle und Konzerne in Europa. Zürich. 1938.

FRIEDLÄNDER,Heinrich:Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis. 2.Aufl. Berlin und Frankfurt. 1954.

FUNKE,Rudolf:Der Begriff des Kartells nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Diss. Münster. 1956.

GLEISS,Alfred und HIRSCH,Martin:EWG-Kartellrecht.Kommentar zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages und den EWG-Verordnungen Nr.17,26 und 27. Heidelberg. 1962.

GROSS,Herbert:Neue Ideen in der Wirtschaft. Düsseldorf. 1960.

Grosskommentar zum Aktiengesetz. 2.Aufl. Berlin.

HABERKORN,Kurt:Möglichkeiten von Unternehmenszusammenschlüssen, insbesondere von Konzern- und Kartellbildungen in der westdeutschen Montanindustrie seit 1945. Diss. Münster. 1959.

Handbuch der Montanunion. Band VII.Frankfurt . Loseblattsammlung

Handelsgesetzbuch in der ab 1.10.1937 geltenden Fassung.Erläutert von GESSLER,Ernst,HEFERMEHL,Wolfgang,HILDEBRANDT,Wolfgang,SCHRÖDER,Georg. 3.und 4.Aufl. Berlin und Frankfurt.

HAUPT,Günter:Über faktische Vertragsverhältnisse.Leipzig. 1941.

HAUSSMANN,Fritz:Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Mannheim und Berlin. 1926.

HAUSSMANN,Fritz:Das Recht der Unternehmenszusammenfassungen. Zweiter Teil:Die Praxis des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen. Berlin. 1932.

HAUSSMANN,Fritz:Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende.Grundlagen und Aufgaben einer künftigen Trust- und Kartellgestaltung. Basel. 1940.

HELD,Günter:Rechtsformen zulässiger Kartelle.Köln und Berlin. 1963.

HESSELMANN,Malte:Die GmbH & Co.Ihre Bedeutung und ihre Probleme. 3.Aufl. Köln. 1960.

HIRSCH,Ernst Eduard:Kontrolle wirtschaftlicher Macht. Bern.1958.

HUBER,Ernst Rudolf:Das Empfehlungsverbot. Stuttgart. 1959.

HUECK,Alfred:Der Treuegedanke im modernen Privatrecht. München. 1947.

HUECK,Alfred:Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 3.Aufl. Berlin. 1964.

HUECK,Alfred:Gesellschaftsrecht.Ein Studienbuch. 11.Aufl. München und Berlin. 1963.

JODAS,Gerhard:Vereinigungen und Gemeinschaftsmassnahmen von Unternehmungen zum Zwecke der Rationalisierung. Diss.Berlin. 1958.

JOSS,Robert Willy:Konzernrechtfragen im deutschen und schweizerischen Recht,insbesondere Konzernbegriff,-Systematik.-Abhängigkeit und die Schranken der Konzerngewalt. Aarau. 1936.

KERN,Peter:Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion. Berlin und Frankfurt. 1955.

KLEEMANN,Gerd:Die Wettbewerbsregeln der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft,mit Ausnahme der Bestimmungen über staatliche Beihilfen. Baden-Baden. 1962.

KOENIGS,Folkmar:Die stille Gesellschaft. Berlin. 1961.

Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen(Frankfurter Kommentar) von KAUFMANN,Heinz u.a. Köln. Loseblattausg.

Kommentar zum Handelsgesetzbuch.Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts. 2.Aufl. Berlin.

KRAWIELICKI,Robert:Das Monopolverbot im Schumannplan. Tübingen. 1952.

LANGEN,Eugen:Das Kartellgesetz.Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erläuterungen für die Praxis. 3.Aufl. Neuwied. 1958.

LEHMANN,Heinrich:Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 14.Aufl. Berlin. 1963.

LENEL,Hans-Otto:Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse. Tübingen. 1962.

LIEFMANN,Robert:Kartelle,Konzerne und Trusts. 8.Aufl. Stuttgart. 1930.

LUKES,Rudolf:Der Kartellvertrag.Das Kartell als Vertrag mit Aussenwirkungen. München und Berlin. 1959.

MAURACH,Reinhart:Deutsches Strafrecht.Allgemeiner Teil. 2.Aufl. Karlsruhe. 1958.

MESTMÄCKER,Ernst-Joachim:Sind urheberrechtliche Verwertungsgesellschaften Kartelle? Berlin und Frankfurt. 1960.

MÜLLER,Heinz und GRIES,Gerhard:Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Frankfurt. 1958.

MÜLLER-HENNEBERG,Hans,SCHWARTZ,Gustav u.a.:Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht(Gemeinschaftskommentar). 2.Aufl. Köln und Berlin. 1963.

MÜNSTERMANN,Hans:Die Konzerne der Kaliindustrie.Leipzig. 1925.

NAEGELI,Eduard:Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle,Konzerne und anderen Unternehmenszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht.Erster Band. Zürich und Berlin. 1936.

PAULICK,Heinz:Das Recht der eingetragenen Genossenschaft. Karlsruhe. 1956.

RASCH,Harold:Deutsches Konzernrecht. 2.Aufl. Berlin. 1955.

RASCH,Harold:Wettbewerbsbeschränkungen,Kartell- und Monopolrecht.Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Herne und Berlin. 1958.

RINCK,Gerd:Wirtschaftsrecht. Köln und Berlin. 1963.

RITTNER,Fritz:Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung. Düsseldorf. 1957.

ROSENDORFF,Richard:Die rechtliche Organisation der Konzerne. Berlin und Wien. 1927.

SCHMIDT,Ulrich:Vergleichende Darstellung und Verhältnis des Rechts der Unternehmenszusammenschlüsse und der marktbeherrschenden Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland,der Montanunion und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Diss. Köln. 1959.

SCHOLZ,Helmut:Die konzerninterne Wettbewerbsbeschränkung. Diss. Köln. 1960.

SEEMANN,Klaus:Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts. Köln und Opladen. 1961.

SÖLTER,Arno:Das Rabattkartell. Düsseldorf. 1955.

SOERGEL-SIEBERT:Bürgerliches Gesetzbuch. 9.Aufl. Stuttgart.

STAUDINGERs Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 11.Aufl. Berlin.

STEINDORFF,Ernst:Zweckmässigkeit im Wettbewerbsrecht. Frankfurt. 1961.

STRICKRODT,Georg:Kritische Bestimmung der Wettbewerbsposition im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.Düsseldorf. 1960.

WELZEL,Hans:Das Deutsche Strafrecht. 8.Aufl. Berlin. 1963.

WESTERMANN,Harry:Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf. Karlsruhe. 1956.

WOLFERS,Arnold:Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartelliteratur. München und Leipzig. 1931.

Aufsätze

ANDREAE,Clemens August:Gruppenwettbewerb und Wettbewerbsordnung.Vorträge des 15.Deutschen Betriebswirtschafter-Tages 1962.

AXMANN,Peter:Die Gründung von Organgesellschaften und ihre kartellrechtliche Beurteilung. WuW 1963,990.

BALLERSTEDT,Kurt:Kartellverbot und Einzelvertrag. JZ 1956,267.

BARUCH,Wolfgang:Das Verhältnis zwischen der Kartellregelung des EWG-Vertrages und des GWB. WuW 1963,14.

BECHER,Hans:Wettbewerbsverbot und gesellschaftsmässige Treuepflicht. NJW 1961,1998.

BEHRENS,Friedrich Stephan:Der Wettbewerbsbegriff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. NJW 1958,481.

BENISCH,Werner:Kartellrechtliche Beurteilung von Wettbewerbsklauseln in handelsrechtlichen Verträgen. WuW 1953,219.

BENISCH,Werner:Einkaufsverbände und Kartellgesetz. Festschrift für Rudolf Isay S.231. Köln und Berlin. 1956.

BENISCH,Werner:Die unverbindliche Abstimmung unter dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Betrieb 1957,789.

BENISCH,Werner:Kartellrechtliche Grenzen des Gemeinschaftsvertriebs. WuW 1958,269.

BENISCH,Werner:Zur Rechtslage der vertikalen Preisempfehlungen. WuW 1959,3.

BENISCH,Werner:Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit. WuW 1961,764.

BENISCH,Werner:Die Wahl der Rechtsform bei Kartellen. Betrieb 1961,1089 und 1121.

BENISCH,Werner:Anmerkung zu den Briefen des BKartA vom 8./9.2. und 27./28.3.1962 "Freiwillige Ketten". WuW E/BKartA 577.

BENKENDORFF, Gerhard: Submissionen und Dekartellierung. WuW 1951/52,279.

BENKENDORFF, Gerhard: Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen? WRP 1962,146.

BENKENDORFF, Gerhard: Über den Vertrag in §1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkungen. WRP 1962,313.

BLUM: Anmerkung zum Beschluss des Kartellgerichts vom 20.8. 1927 (KartRdsch 1927,561). KartRdsch 1927,609.

BÖMCKE: Einkaufsgenossenschaften und Dekartellierung. Betr Ber 1951,576.

BRUGGER, Gustav: Zur Auslegung des §1 GWB. WuW 1959,467.

von BRUNN, Johann Heinrich: Den Wettbewerb durch Unlauterkeit fördern? WRP 1964,177.

DILLE, Curt: Die verschiedenen Konzernformen an Hand der Vereinigten Stahlwerke Akt-Ges. KartRdsch 1927,640.

EWALD, H.: Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle? WuW 1956,253.

FAYAT, Henri: Unternehmenszusammenschlüsse in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl. WuW 1957,771.

FIKENTSCHER, Wolfgang: "Sonstige Verträge" im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Festschrift für Alfred Hueck. S.543. München und Berlin. 1959.

FIKENTSCHER, Wolfgang: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10. 1959 "Gasglühkörper". WuW E/BGH 365.

FIKENTSCHER, Wolfgang: Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkung. WuW 1960,680.

FIKENTSCHER, Wolfgang: Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung. WuW 1961,788.

FISCHER, Robert: Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedschaftsrechte. NJW 1954,777.

FLECHTHEIM, Julius: Neue Rechtsformen industrieller Zusammenschlüsse. Strukturwandlungen der Deutschen Volkswirtschaft herausgegeben von Bernhard Harms. I.Band. Berlin. 1929.

FREY, Gerhard: Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des §1 GWB. WuW 1962,17.

FRIEDLÄNDER, Heinrich: Beiträge zur Systematik des Konzern- und Kartellrechts. KartRdsch 1926,143.

FRIEDLÄNDER, Heinrich: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. JZ 1957,649.

GABRIEL, Siegfried: Zum Begriff der "Wettbewerbsbeschränkung" im GWB. MA 1960,247.

FREIHERR VON GAMM, Otto-Friedrich: Kartellrechtliche Beurteilung gesellschaftsrechtlicher Wettbewerbsverbote. WRP 1962,189.

GEILER, Karl: Zur Systematik der gesellschaftlichen Zusammenschlüsse. ZBH 1926,188.

GLEISS, Alfred: Einkaufsgemeinschaften und Dekartellierung. BetrBer 1950,887.

GLEISS,Alfred und HOOTZ,Christian:Anmerkung zum Urteil des BGH vom 26.10.1961(NJW 1962,247). NJW 1962,391.

GLEISS,Alfred und HOOTZ,Christian:Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots im Recht der OHG. NJW 1963,1338.

GLEISS,Alfred und HIRSCH,Martin:Gemeinschaftsproduktion von Filmen. Film und Recht 1962,4.

GÖTZ,Heinrich:Das Wettbewerbsverbot des Gesellschafters einer OHG in handels- und kartellrechtlicher Sicht. JuS 1963,384.

GANSSMÜLLER:Abgrenzung des Gesellschafterwettbewerbsverbots. Wettbewerbsverbot und Kartellrecht. Betrieb 1964,431.

GOLDMANN,Ludwig:Zur Auslegung des § 23 GWB. WuW 1963,379.

GRAF,Arnd:Der 31.Januar 1963-wichtiger Stichtag für die Anmeldung von "Altkartellen" nach EWG-Kartellrecht.BetrBer 1963,18.

von der GROEBEN,Hans:Wettbewerbspolitik in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. WuW 1961,373.

GÜNTHER,Eberhard:Einkaufsvereinigungen und Kartellgesetzentwurf. MA 1957,35.

GÜNTHER,Eberhard:Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. WuW 1957, 275.

GÜNTHER,Eberhard:Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-vertrages. WuW 1963,191.

HABERKORN,Kurt:Zum Kartellbegriff des §1GWB. GRUR 1960,367.

HABERKORN,Kurt:Zum Kartellverbot des Art.65 des Montanunionvertrages. NJW 1960,2135.

HABERKORN,Kurt:Abgrenzung von Konzern und Kartell unter besonderer Berücksichtigung der Artikel 65 und 66 des Montanunionvertrages. WRP 1961,180.

HABERKORN,Kurt:Rechtliche Formen und Möglichkeiten wirtschaftlicher Machtkonzentration. WRP 1961,233.

HARTMANN,G.:Zur Problematik einer gesetzlichen Beschränkung von Unternehmenskonzentrationen. Köln und Berlin. 1963.

HAUSSMANN,Fritz:Der Kartellbegriff. KartRdsch 1928,416.

HEFERMEHL,Wolfgang:Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6.12. 1962"Bonbonniere". GRUR 1963,385.

HENGSTENBERG,W.:Verstossen Bruttopreislisten gegen das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen? WuW 1958,439.

HERZOG:Anmerkung zum Urteil des RG vom 7.2.1930 (RGZ 128,1). KartRdsch 1930,272.

HOLLAENDER,Adolf:Anmerkung zum Beschluss des KartG vom 20.8. 1927(JW 1927,3029). JW 1927,3029.

HUECK,Alfred:Die Bedeutung der Zwangsamortisation von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH. Betrieb 1957,37.

IPSEN,Hans-Peter und NICOLAYSEN,Gert:Europäisches Gemeinschaftsrecht.Fusion der europaischen Exekutiven und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts. NJW 1963,2209.

KARTTE,Wolfgang:Zur Auslegung des §1 GWB:Kartelle-Zusammenschlüsse-Gemeinschaftsunternehmen. WuW 1963,565.

KLAUE,Siegfried:Wettbewerbsverbote und §1GWB. WuW 1961,323.

KLAUE,Siegfried:Zum gemeinsamen Zweck in §1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. BetrBer 1964,538.

KOENIGS,Folkmar:Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs. NJW 1961,1041.

KNUR,Alexander:Die gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbote im Licht des Kartellrechts. DNotZ 1963,644.

KOHLER,Rudi:Teilunwirksamkeitsklauseln. DNotZ 1961,195.

KRAHE,Friedrich:Kartellbegriff und Rechtssicherheit.WuW 1959, 615.

KRÖGER,Heinz:Kooperation ausserhalb des Kartellgesetzes. Betrieb 1962,1034.

LANGEN,Eugen:Die Zulassung von Rationalisierungs- und Spezialisierungskartellen. WuW 1960,237.

LANGEN,Eugen:Lizenzvertrag,Kartellvertrag oder gemischter Vertrag? WuW 1960,669.

LANZENBERGER,Fritz:Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten(insbesondere Preisbindung,Diskriminierung und Boykott). GRUR 1958,593.

LANZENBERGER,Fritz:Normungs-,Typisierungs- und Spezialisierungskartelle.Arbeitsgruppe Rationalisierung und Gesetzgebung der Arbeitsgemeinschaft für Rationalisierung des Landes NRW. Heft 58. Dortmund. 1962.

LAUFKE,Franz:Allgemeine Geschäfsbedingungen in der Filmwirtschaft unter Berücksichtigung der Generalklauseln. Ufita 35, 257.

LARENZ,Karl:Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten. NJW 1956,1897.

LEHMANN,Heinrich:Faktische Vertragsverhältnisse. NJW 1958,1.

LEO,Hans-Christoph:Zum Begriff der Schutzvorschrift in §35 GWB. WuW 1959,485.

LIEBERKNECHT,Otfried und GNAUK,Herbert:Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Personengesellschaften. Betrieb 1963,1067.

LINDENMAIER,F.:Wettbewerbsverbote und Dekartellierungsrecht. BetrBer 1950,877.

LUKES,Rudolf:Aktuelle Probleme der Preisbindung zweiter Hand und der Preisempfehlung. JuS 1962,161 und 215.

LUTZ,Helmut:Die Arbeitsgemeinschaft und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. NJW 1960,1833.

LUTZ,Helmut:Gesetzliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht. NJW 1963,625.

MAGEN,Albrecht:Gesellschaftsrechtliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht. NJW 1961,147.

MAGEN,Albrecht:Gesellschaftsrechtliches Wettbewerbsverbot und Kartellrecht. BetrBer 1963,333.

MARKERT,Kurt:Gemeinschaftsunternehmen und Antitrustrecht. AWD BetrBer 1964,241.

MAUNZ,Theodor:Von der Wertlosigkeit der Rechtswissenschaft. Der Aquädukt - C.H.Beck 1763-1963. München. 1963.

MATTHIES,Heinrich:Die rechtliche Erfassung von Zusammenschlussvorgängen.Ein Vergleich des §23 GWB mit Art.66 EGKS. WuW 1962,328.

MENGES,Norbert:Zur Bedeutung des EWG-Wettbewerbsrechts für zwischenbetriebliche Rationalisierungsvorhaben.WuW 1963,783.

MESTMÄCKER,Ernst-Joachim:Preis- und Produktionsregelungen im Rahmen von Rationalisierungskartellen? JZ 1953,329.

MEYER-CORDING,Ulrich:Wettbewerbsbeschränkungen durch Empfehlungen. NJW 1953,565.

MEYER-CORDING ,Ulrich:Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts. WuW 1962,461.

MÖHRING,Philipp:Die Bedeutung der rule of reason.WuW 1955,5.

MÖHRING,Philipp und LIEBERKNECHT,Otfried:Kartellrecht und Urheberrecht. Ufita 29,269.

MÖHRING,Philipp:Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Rechtsprechung des BGH. NJW 1963,81 und 133.

MÜLLER-HENNEBERG,Hans:Zu den Begriffen "Kartell" und "Wettbewerbsbeschränkung". WuW 1963,877.

NASTELSKI,Karl:Der Schutz des Betriebsgeheimnisses.GRUR 1957,1.

NEUMANN,Erwin:Ansprüche auf Konzernrabatte und Kartellrecht. WuW 1957,562.

RASCH,Harold:Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen? WuW 1961,79.

RASCH,Harold:Die Interessengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht. WuW 1962,233.

RAUTENBERG,Ingeborg:Grenzen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen. NJW 1959,2238.

RITTNER,Fritz:Die Ausschliesslichkeitsbindungen nach dem GWB. Betrieb 1957,1091 und 1118.

RÜHLE VON LILIENSTERN,Hans:Gruppenwirtschaftliche Gemeinschaftsformen als Instrument europäischer Marktpolitik. Betrieb 1961,921.

RUGE,Dietrich:Abgrenzung des gentlemens agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluss. WuW 1963,698.

SANDER,Freimut:Die einfache Patentgemeinschaft im GWB. WuW 1959,499.

SCHILLING,Wolfgang:Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.4. 1960. JZ 1960,745.

SCHLIEDER,W.:Die Anwendung der Artikel 85 und 86 des EWG-Vertrages nach dem Erlass der ersten Durchführungsverordnung. BetrBer 1962,305.

SCHMIDT,Ulrich und HACKENBERGER,Hans-Joachim:Konkurrenzschutz in Mietverträgen und Kartellrecht. Betrieb 1962,957.

SCHMITZ,Werner:Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht. NJW 1961,2089.

SCHUMACHER,H.:Die Durchführung der Artikel 85 und 86 des Rom-Vertrages. WuW 1962,475.

SEIDL-HOHENVELDERN,Ignaz:Kartellbekämpfung im Gemeinsamen Markt und das Völkerrecht. AWD BetrBer 1960,225.

SEIDL-HOHENVELDERN,Ignaz:Völkerrechtliche Erwägungen zum deutschen internationalen Kartellrecht.AWD BetrBer 1963,73.

SÖLTER,Arno:Gruppenwettbewerb und Wettbewerbsordnung.Vorträge des 15.Deutschen Betriebswirtschaftertages Berlin 1962.

SPENGLER,Albrecht:Über die Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen. WuW Schriftenreihe Heft6. Düsseldorf. 1960.

SPRENKMANN:Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Praxis. GRUR 1960,526.

STEINER,Claus:Organisationsformen "gemeinsamer Vertriebseinrichtungen" i.S.des §5 Abs.3 GWB. Betrieb 1959,1131.

STRICKRODT,Georg:Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots. WuW 1957,75.

VERLOREN VAN THEMAAT,P.:Gedanken zur Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt. WuW 1963,556.

ULMER,Peter:Kartellvertrag und gentlemen's agreement.WuW 19623.

WALTHER,Carl:Besprechung von Rittner:Die Ausschliesslichkeitsbindungen in dogmatischer und rechtspolitischer Betrachtung. WuW 1957,571.

WALTHER,Carl:Kartellrechtliche Probleme bei der Gewährung von Kundenschutz durch Nichtbelieferung von Wettbewerbern, WRP 1958,33.

WEISER,Gerard:Gemeinschaftsunternehmen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. WuW 1963,285.

WOLF,Ernst:Zum Kartellrecht der EWG. WuW 1962,645.

WÜRDINGER,Hans:Kartellrechtliche Beurteilung von Empfehlungen in der Versicherungswirtschaft. WuW 1958,503.

WÜRDINGER,Hans:Unternehmenskonzentration und Marktbeherrschung. WuW 1961,745.

Gutachten und Berichte

Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29.2.1964,erstattet vom Bundesamt für gewerbliche Wirtschaft in Frankfurt/Main.Bundestagsdrucksache IV/2320 (Konzentrationsenquête).

Gutachten zum Wettbewerbsproblem des wissenschaftlichen Beirats beim Bundeswirtschaftsministerium vom 23.6.1952.

Genossenschaften und "Kartellgesetz"-Entwurf.Gutachten erstellt vom Institut für Genossenschaftswesen an der Universität Münster. 1953.

Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Zusammenstellung des Bundeswirtschaftsministeriums vom 29.10.1963 (Kooperationsfibel).

Berichte des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet; veröffentlicht als Bundestagsdrucksachen (Tätigkeitsberichte).

Europäische Wirtschaftsgemeinschaft - Komission - Gesamtberichte über die Tätigkeit der Gemeinschaft. Luxemburg.

Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl - Hohe Behörde - Gesamtberichte über die Tätigkeit der Gemeinschaft. Luxemburg.

EGKS 1952-1962. Ergebnisse, Grenzen, Perspektiven. Bericht eines Sachverständigenausschusses unter dem Vorsitz von Professor Wagenführ (Wagenführ-Bericht). Luxemburg. 1963.

L e b e n s l a u f

Am 18.Januar 1932 wurde ich in Bochum als Sohn der Eheleute Adalbert Wolff und Marie Wolff,geborene Wamhoff geboren.Mein Vater ist Vicepräsident des Oberlandesgerichtes in Hamm/Westfalen.Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Nach dem Besuch der Volksschule und verschiedener höherer Schulen in Hamm,Herford,Frankfurt/Oder und Lemgo legte ich am 14.März 1952 am Neusprachlichen Gymnasium in Hamm die Reifeprüfung ab.

Sodann studierte ich an der Universität München vier und an der Universität Münster drei Semester Rechtwissenschaften.Am 16.Dezember 1955 bestand ich in Hamm die erste juristische Staatsprüfung und am 14.Dezember 1959 in Düsseldorf die grosse juristische Staatsprüfung.

Zur Zeit bin ich als Regierungsrat im Bundesministerium für Wirtschaft in Bonn tätig.